

DIE DELEGATION VON HOHEITSRECHTEN
DURCH GEMEINDEN
AUF GEMEINDEN UND GEMEINDEVERBÄNDE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Carl Wilhelm Lauscher
aus Hamm

1968
—

DIE DELEGATION VON HOHEITSRECHTEN
DURCH GEMEINDEN
AUF GEMEINDEN UND GEMEINDEVERBÄNDE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Carl Wilhelm Lauscher
aus Hamm

1968



1. Berichterstatter: Prof. Dr.Dr. Pagenkopf

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Menger

Dekan: Prof. Dr. Nörr

Tag der mündlichen Prüfung: 3. Februar 1968

INHALTSÜBERSICHT

Einführung	1
ERSTER ABSCHNITT: BEGRIFF, WESEN UND GRENZEN DER HOHEITSRECHTE	3
§ 1 Die geschichtliche Entwicklung der staatlichen und gemeindlichen Hoheitsrechte	4
§ 2 Die gemeindlichen Hoheitsrechte	9
I. Das Wesen der gemeindlichen Hoheitsgewalt	9
1. Die auf der Selbstverwaltung beruhende gemeindliche Hoheitsgewalt	9
2. Die mit den Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung zusammenhängende gemeindliche Hoheitsgewalt	12
3. Ergebnis zu I.	14
II. Die gemeindlichen Hoheitsrechte als Erscheinungsformen der Hoheitsgewalt der Gemeinden	15
1. dem Wesen nach:	15
a) bei den Selbstverwaltungsaufgaben	15
b) bei den Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung	18
2. dem konkreten Aufgabenbereich nach	18
3. Ergebnis zu II.	19
III. Die gemeindlichen Hoheitsrechte und die Gebietshoheit der Gemeinde	20
IV. Die gemeindlichen Hoheitsrechte und die auf rechtsstaatlich-demokratischer Grundlage beruhenden Wesensmerkmale der Gemeinde	21
1. Der Zweck der gemeindlichen Hoheitsgewalt	21
2. Das Erfordernis der Gleichheit der rechtsstaatlich-demokratischen Grundstruktur verschiedener Hoheitsträger bei der "Übertragung" von Hoheitsrechten	21

V.	Die Grenzen der gemeindlichen	
	Hoheitsrechte	27
	1. im Bereich der Selbstverwaltung	27
	2. im Fremdverwaltungsereich der	
	Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach	
	Weisung	31
VI.	Definition der gemeindlichen Hoheits-	
	rechte	31
§ 3	Die staatlichen, von den Gemeinden ausgeübten	
	Hoheitsrechte	32
ZWEITER ABSCHNITT: DIE DELEGATION		34
§ 4	Terminologische Vorbemerkung	34
§ 5	Der Delegationsbegriff TRIEPELS	36
	I. Die Delegation	36
	1. Die "echte" Delegation	37
	2. Die "unechten" Delegationen	37
	a) Die "konservierende" Delegation	38
	b) Die "zuweisende" Delegation	38
	II. Das Mandat	39
§ 6	Die Kritik an der TRIEPELSchen Delegationslehre	39
	I. Die Kritik der Anhänger der Lehre TRIEPELS	39
	II. Die Ablehnung des TRIEPELSchen Delegations-	
	begriffs durch BARBEY	40
§ 7	Stellungnahme zu den Delegationsbegriffen TRIEPELS	
	und BARBEYS	44
	I. Zur "echten" Delegation	44
	II. Zur "konservierenden" Delegation	52
	III. Zur "zuweisenden" Delegation	55
	IV. Zum Mandat	57
§ 8	Die Delegation zur eigenverantwortlichen Erfül-	
	lung nach Weisung	58

DRITTER ABSCHNITT: DIE EINZELNEN FÄLLE DER DELEGATION VON HOHEITSRECHTEN DURCH GEMEINDEN AUF GEMEINDEN UND GEMEINDEVERBÄNDE	59
1. Kapitel: Die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Gemeinden auf Grund öffentlich-rechtlicher Vereinbarung	59
§ 9 Begriff und Rechtsgrundlage der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung	59
§ 10 Die Ermächtigungsgrundlagen zur Delegation von Hoheitsrechten bei öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen	64
§ 11 Die Verwaltungsgemeinschaft	79
§ 12 Die Vereinbarkeit des Delegationsbegriffs mit den Rechtsinstituten der Pflichtregelung und der gesetzlichen Regelung von öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen	89
2. Kapitel: Die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Zweckverbände	91
§ 13 Begriff, Rechtsgrundlagen und Rechtsform des Zweckverbandes	91
§ 14 Die Gleichheit der rechtsstaatlich-demokratischen Grundstruktur zwischen Gemeinden und Zweckverbänden	96
§ 15 Die Ermächtigungsgrundlagen zur Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Zweckverbände	98
§ 16 Die Vereinbarkeit des Delegationsbegriffs mit den Rechtsinstituten des Pflichtverbandes und des gesetzlichen Zweckverbandes	114
3. Kapitel: Die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Samtgemeinden	115
§ 17 Begriff und Rechtsgrundlage der Samtgemeinden	115
§ 18 Die Gleichheit der rechtsstaatlich-demokratischen Grundstruktur zwischen Gemeinden und Samtgemeinden	119

§ 19	Die Ermächtigungsgrundlagen zur Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Samtgemeinden	120
I.	Die Delegation von Hoheitsrechten bei der Neubildung von Samtgemeinden	120
1.	Die mit der Neubildung von Samtgemeinden notwendig verbundenen Delegationen von Hoheitsrechten	120
2.	Die Delegation auf Grund besonderer Vereinbarung bei Neubildung von Samtgemeinden	128
II.	Die Delegation von Hoheitsrechten auf bestehende Samtgemeinden	133
1.	Die Delegation von Mitgliedsgemeinden auf Samtgemeinden	133
a)	Die kraft Gesetzes erfolgende Zuständigkeitszuweisung auf bestehende Samtgemeinden	133
b)	Die Delegation auf Grund öffentlich-rechtlicher Vereinbarung	135
2.	Die Delegation bei einem Beitritt neuer Mitgliedsgemeinden in eine Samtgemeinde	135
3.	Die Delegation von samtgemeindefreien Gemeinden auf Samtgemeinden	137
a)	Die Delegation auf Grund öffentlich-rechtlicher Vereinbarung	137
b)	Die Delegation bei der Bildung von Verwaltungsgemeinschaften zwischen Ämtern und amtsfreien Gemeinden in Nordrhein-Westfalen	139
4. Kapitel:	Die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Landkreise	139
§ 20	Rechtsgrundlagen, Wesen und Begriff der Landkreise	139
§ 21	Die Gleichheit der rechtsstaatlich-demokratischen Grundstruktur zwischen Gemeinden und Landkreisen	145
§ 22	Die Delegation von Hoheitsrechten durch kreisangehörige Gemeinden auf Landkreise	146

I. Die der Delegation gesetzten Schranken	147
1. bei konkurrierenden Zuständigkeiten zwischen kreisangehörigen Gemeinden und Landkreisen	147
2. bei Kompetenz-Kompetenz-Befugnissen der Landkreise	153
3. Ergebnis zu I.	162
II. Die Ermächtigungsgrundlagen zur Delegation von Hoheitsrechten kreisangehöriger Ge- meinden auf Landkreise	163
§ 23 Die Delegation von Hoheitsrechten auf den Land- kreis	
I. durch kreisfreie Gemeinden	166
II. durch kreisangehörige Gemeinden eines anderen Landkreises	168
5. Kapitel: Die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf höhere Gemeindeverbände	169
§ 24 Begriff, Rechtsnatur und Rechtsgrundlagen der höheren Gemeindeverbände und ihre Abgrenzung zu den regionalen Sonderzweckverbänden	169
§ 25 Die Gleichheit der rechtsstaatlich-demokratischen Grundstruktur zwischen Gemeinden und höheren Ge- meindeverbänden	174
§ 26 Die Ermächtigungsgrundlagen zur Delegation von Hoheitsrechten kreisfreier Gemeinden	
I. auf die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe	175
II. auf die bayerischen Bezirksverbände	177
Schlußbetrachtung	179

LITERATURVERZEICHNIS

- ANDREWS, EWALD
Entwicklung und Umfang der gemeindlichen Personalhoheit, ihre Einschränkungen nach dem gegenwärtigen Rechtsstand unter besonderer Berücksichtigung ihres absoluten Wesenskerns
Diss.jur. Kiel 1959
- BARBEY, GÜNTHER
Rechtsübertragung und Delegation
Eine Auseinandersetzung mit der Delegationslehre HEINRICH TRIEPELS
Diss.jur. Münster 1962
- BECKER, ERICH
Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern
in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, herausgegeben von HANS PETERS
I. Band Kommunalverfassung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956
S. 113 - 183
(zitiert: Die Selbstverwaltung)
- ders.
Über den Inhalt der Gemeindeverwaltung und die Rechtsstellung des Gemeindedirektors in Nordrhein-Westfalen
in: DVBl 1956 S. 4 - 10
- BERKENHOFF,
HANS-ALBERT
Die staatliche Dotierung der gemeindlichen Auftragsangelegenheiten
in: DVBl 1955 S. 347 - 350
- BINDING, KARL
Die Gründung des Norddeutschen Bundes
Sonderabdruck aus der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für WINDSCHEID zum 22.12.1888
Leipzig 1889
- CANTNER, WALTER
Die Landkreise sind Gebietskörperschaften wie die Gemeinden
in: SV 1954 S. 7 - 10, 35 - 37
- DAVID, JOACHIM
Die Sitzungsgewalt der Gemeinden in Nordrhein-Westfalen 2. Aufl.
Münster 1961

- DOLLMANN, W.** Möglichkeiten und Formen zwischenge-
meindlicher Zusammenarbeit
Sonderdruck aus WGZ 1964 Nr. 24
- DRESSLER, HORST** Die Organisations- und Personalhoheit
der Gemeinden
Ein Beitrag zur Lehre von der kommunalen Selbstverwaltung unter besonderer Berücksichtigung des baden-württembergischen Rechts
Diss. jur. Tübingen 1963
- DÜRIG, GÜNTER** Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrts-
staat
in: JZ 1953 S. 193 - 199
- ELLERINGMANN, RUDOLF** Begriff und Wesen der körperschaftlichen
Selbstverwaltung
Berlin 1936
(zitiert: Begriff und Wesen)
- ders.** Amtsverband und amtsangehörige Gemeinde
im nordrhein-westfälischen Amtsrecht
Stuttgart und Köln 1956
(zitiert: Amtsverband)
- ders.** Grundlagen der Kommunalverfassung und
der Kommunalaufsicht
Stuttgart 1957
(zitiert: Grundlagen)
- FLEINER, FRITZ** Institutionen des Deutschen Verwaltungs-
rechts
Neudruck der 8. Aufl. bei J.C.B. Mohr
Tübingen 1928
Scientia Aalen 1960
- FORSTHOFF, ERNST** Lehrbuch des Verwaltungsrechts
Erster Band Allgemeiner Teil
8. Aufl. München und Berlin 1961
- GAHLEN, HANS GEORG** Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung
als Rechtsform übergemeindlicher Zu-
sammenarbeit, Diss. jur. Münster 1965
- GELLER, GREGOR**
KLEINRAHM, KURT
FLECK, HANS-JOACHIM Die Verfassung des Landes Nordrhein-
Westfalen
Kommentar
2. Aufl. Göttingen 1963
- GELZER,** Echte und unechte Selbstverwaltung
in DVBl 1958 S. 87 - 89
- VON GIERKE, OTTO** Das Deutsche Genossenschaftsrecht
Bd. I: Rechtsgeschichte der deutschen
Genossenschaft
Unveränderter photomechanischer
Nachdruck der ersten Ausgabe
Berlin 1868
Darmstadt 1954
(zitiert: Genossenschaftsrecht Bd. I)

- ders. Bd.III Die Staats- und Korporations-
lehre des Altertums und des
Mittelalters und ihre Aufnahme
in Deutschland
Berlin 1881
(zitiert: Genossenschaftsrecht Bd. III)
- ders. Bd. IV Staats- und Korporationslehre
der Neuzeit
Berlin 1913
(zitiert: Genossenschaftsrecht Bd. IV)
- ders. Die Steinsche Städteordnung
Rede zur Feier des Geburtstages seiner
Majestät des Kaisers und Königs gehalten
in der Aula der Königl. Friedrich-
Wilhelms-Universität zu Berlin am 27.
Januar 1909
Berlin 1909
- GIESE, FRIEDRICH
SCHUNCK, EGON
WINKLER, KURT
Verfassungsrechtssprechung in der
Bundesrepublik
Entscheidungssammlung
Frankfurt/M. 1956 ff.
- GÖB, RÜDIGER
Zwischengemeindliche Zusammenarbeit
-Gedanken zum Entwurf eines Gesetzes
über kommunale Gemeinschaftsarbeit
in: Gemeinde 1959 S. 73 - 79
- GÖNNENWEIN, OTTO
Gemeinderecht
Tübingen 1963
- GÖRG, HUBERT
Bundesauftragsangelegenheiten der
Gemeinden und Gemeindeverbände und
ihre Pflichtaufgaben nach Weisung
in: DÖV 1961 S. 41 - 46
- GRAFE, WALTER
Zur Neuordnung der kommunalen Gemein-
schaftsarbeit in Nordrhein-Westfalen
in: DÖV 1961 S. 55 f.
- ders. Das nordrhein-westfälische Gesetz über
kommunale Gemeinschaftsarbeit
in: DÖV 1961 S. 521 - 526
- HACKER, HORST
Der Landkreis im Zwiespalt der Begriffe
in: DÖV 1955 S. 236 - 241
- HAMANN, ANDREAS
Das Grundgesetz für die Bundesrepublik
Deutschland vom 23. Mai 1949
2. Aufl. Neuwied-Berlin 1961

- HENRICHS, WILHELM
ders.
VON HOFFMANN,
HERMANN EDLER
VON HIPPEL, ERNST
REHBORN, HELMUT
HOPPE, WERNER
INSTITUT ZUR FÖRDERUNG
ÖFFENTLICHER ANGELEGEN-
HEITEN E.V.
IPSEN, HANS PETER
JANSSEN, LEOPOLD-JOSEF
JELLINEK, GEORG
ders.
JESCH, DIETRICH
- Die Rechtsprechung zur Verfassungs-
garantie der kommunalen Selbstverwal-
tung in Deutschland
in: DVBl 1954 S. 728 - 736
- Das nordrhein-westfälische Gesetz
über kommunale Gemeinschaftsarbeit
in: KPBl 1961 S. 467 f.
- Zwang zur Gewaltenteilung im Gemeinde-
verfassungsrecht
in: DÖV 1954 S. 326 f.
- Gesetze des Landes Nordrhein-Westfalen
München und Berlin
- Die Begriffe Gebietskörperschaft und
Gemeindeverband und der Rechtscharakter
der nordrhein-westfälischen Landschafts-
verbände
Stuttgart 1958
- Aktuelle Probleme des Verfassungsrechts
im Landkreis
Bericht über eine Arbeitstagung mit Re-
feraten von HANS PETERS und HANS RESCHKE
Mannheim 1953
- Kollision und Kombination von Prüfungs-
vorschriften des Haushalts- und des
Aktienrechts
in: JZ 1955 S. 593 - 601
- Die Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-
Westfalen und der Grundsatz der Gewalten-
teilung
in: DÖV 1954 S. 328 - 330
- Allgemeine Staatslehre 5. Neudruck der
3. Aufl. v. 1929
Bad Homburg vor der Höhe 1960
- System der subjektiven öffentlichen
Rechte
Tübingen 1905
(zitiert: System)
- Rechtsstellung und Rechtsschutz der Ge-
meinden bei Wahrnehmung 'staatlicher'
Aufgaben
in: DÖV 1960 S. 739 - 746

KLEIN, FRIEDRICH

- Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht (Vorbericht) S. 7 - 78 (zitiert: Vorbericht)
- Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht (Referat) S. 79 - 117 (zitiert: Referat)

in: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat

Bd. 12 der wissenschaftlichen Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V. bearb. v. W.E. GENZMER und W. EINBECK, Frankfurt/Main (Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten) 1952, S. 7 - 78

ders.

Zur Praxis der Anerkennung neuer Staaten durch die Bundesrepublik Deutschland

in: Festschrift für Herbert KRAUS herausgegeben vom Göttinger Arbeitskreis e.V.

S. 191 - 214

Würzburg 1964

(zitiert: Festschrift)

KLEIN, KARL-HEINZ

Die Übertragung von Hoheitsrechten
Berlin 1952

KLÜBER, HANS

Ein Gesetz über interkommunale Zusammenarbeit

Zu dem in Nordrhein-Westfalen vorgelegten Regierungsentwurf

in: Gemeinde 1959 S. 68 - 70

KÖNIG, E.

Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung als Grundlage zwischengemeindlicher Zusammenarbeit

in: RVBl 1941 S. 486 - 488

KÖTTGEN, ARNOLD

Gemeindliches Satzungsrecht und Grundgesetz

in: DVBl 1955 S. 445 - 450

ders.

- Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände

S. 185 - 234 (zitiert: Wesen und Rechtsform)

- Gemeindeverfassungsrecht in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen

S. 360 - 376

(zitiert: Gemeindeverfassungsrecht)

- in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, herausgegeben von HANS PETERS
I. Band Kommunalverfassung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956
- ders. Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber
Stuttgart-Köln 1957
(zitiert: Gemeinde)
- ders. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden
Eine verfassungsrechtliche Untersuchung
S. 577 - 618
in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben
Festschrift zum hundertjährigen
Bestehen des Deutschen Juristentages
1860 - 1960
Bd. I Karlsruhe 1960
(zitiert: Betätigung)
- KOTTENBERG, KURT Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen
mit Amtsordnung, Landkreisordnung, Land-
schaftsverbandsordnung, Kommunalwahlge-
setz sowie Durchführungs- und Nebenbe-
stimmungen
Handkommentar
7. Aufl. Siegburg 1963
- KRAUS, HERBERT Das Erfordernis struktureller Kongruenz
zwischen der Verfassung der Europäischen
Verteidigungsgemeinschaft und dem Grund-
gesetz
Rechtsgutachten v. 9.11.1952
in: Der Kampf um den Wehrbeitrag
2. Halbbd. S. 545 - 554
München 1953
- KRUSE, HANS Strukturelle Kongruenz und Homogenität
in: Festschrift für HERBERT KRAUS
"Mensch und Staat in Recht und
Geschichte"
S. 112 - 127
Kitzingen 1954
- KÜCHENHOFF, GÜNTHER Allgemeine Staatslehre
und ERICH 2. Aufl. Stuttgart und Köln 1951
- LAFORET, WILHELM Deutsches Verwaltungsrecht
München 1937
- VON LOEBELL, Das neue Recht der kommunalen Gemein-
FRIEDRICH-WILHELM schaftsarbeit in Nordrhein-Westfalen
in: SKV 1961 S. 141 ff.

LOHR, VALENTIN

Satzungsgewalt und Staatsaufsicht
Diss. jur. Münster 1962
Heft 28 der Schriftenreihe: Verwaltung und Wirtschaft
Stuttgart 1963

LOSCHOLDER, WILHELM

Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik Deutschland
mit einer Einführung
Bd. 9 der Schriftenreihe des Vereins für Kommunalwissenschaften e.V. Berlin
3. Aufl. Berlin-Köln-Mainz-Stuttgart 1965

VON MANGOLDT, HERMANN

Das Bonner Grundgesetz
2. Aufl. neu bearbeitet von
FRIEDRICH KLEIN
Berlin und Frankfurt/M. 1957
(zitiert: VON MANGOLDT-KLEIN)

MARKULL, FRITZ

Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein
vom 24. Januar 1950
mit Weinheimer Entwurf
Göttingen

MAUNZ, THEODOR
DÜRIG, GÜNTER

Grundgesetz
Kommentar
München und Berlin 1958 ff.

MAUNZ, THEODOR

Deutsches Staatsrecht
Ein Studienbuch
14. Aufl. München und Berlin 1965

MAYER, OTTO

Deutsches Verwaltungsrecht
Bd. II 2. Aufl. München/Leipzig 1917

MENGER,
CHRISTIAN-FRIEDRICH

Das Gesetz als Norm und Maßnahme
in: VVDStRL Bd. 15 (1957) S. 3 - 32

MÜNCH, FRITZ

Internationale Organisation mit
Hoheitsrechten
in: Festschrift für HANS WEHBERG
"Rechtsfragen der Internationalen
Organisation"
S. 301 - 323
Frankfurt/M. 1957

NAUNIN, HELMUT

Verfassungsrecht der regionalen Gemeindeverbände
in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, herausgegeben
von HANS PETERS
I. Band Kommunalverfassung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956
S. 470 - 520
(zitiert: Verfassungsrecht)

- ders. Entstehung und Sinn der Landschaftsverbandsordnung in Nordrhein-Westfalen
in: Westfälische Forschungen
Mitteilungen des Provinzialinstituts für Westfälische Landes- und Volkskunde
13. Band Münster-Köln/Graz 1960
S. 119 - 170
(zitiert: Entstehung und Sinn der LVerbo in NW)
- NEUWIEM, ERHARD Die kommunalen Zweckverbände in Preußen auf Grund des gemein-preußischen Zweckverbandsgesetzes vom 19. Juli 1911 - zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Gemeindeverbindungen
Liegnitz 1919
- OBERMAYER, KLAUS Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im Bereich der Verwaltungsbehörden
in: JZ 1956 S. 625 - 630
- ODENBREIT, WALTER Das Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit
in: Gemeinderat 1961 S. 153 - 156
- ODENBREIT, WALTER Gemeindeordnung, Amtsordnung, Gesetz
HENSEL, AUGUST-WILHELM über kommunale Gemeinschaftsarbeit und Kommunalwahlgesetz in Nordrhein-Westfalen
12. Aufl. Münster 1964
- OTT, IRENE Der Regalienbegriff im 12. Jahrhundert
in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanon.Abt.
XXXV 66. Bd. 1948 S. 234 - 304
- PAGENKOPF, HANS Die dezentralisierte Selbstverwaltung
in: Jahrbuch für Kommunalwissenschaft
Bd. II Stuttgart-Berlin 1934
S. 94 - 167
(zitiert: PAGENKOPF, Die dezentralisierte Selbstverwaltung)
- ders. Einführung in die Kommunalwissenschaft
2. Aufl. Münster 1960
(zitiert: PAGENKOPF)

ders.

Integrationsprobleme der EWG-Mitgliedstaaten
Unter besonderer Berücksichtigung der Bundesrepublik Deutschland

in: Wirtschafts- und Finanzpolitik im Zeichen der Sozialen Marktwirtschaft,
Festgabe für FRANZ ETZEL,
Herausgegeben von ALFRED MÜLLER-ARMACK und HERBERT B. SCHMIDT,
Stuttgart 1967
S. 187 - 199

(zitiert: PAGENKOPF, Festgabe für ETZEL)

PETERS, HANS

Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen
Ein Beitrag zur Lehre vom Verhältnis der Gemeinden zu Staat und Reich
Berlin 1926
(zitiert: Grenzen)

ders.

Lehrbuch der Verwaltung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949
(zitiert: Lehrbuch)

ders.

Die staatsrechtliche Ermächtigung
in: Beiträge zum öffentlichen Recht
Deutsche Landesreferate zum III. internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950
Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Berlin und Tübingen 1950
S. 840 - 857
(zitiert: Landesreferate)

PFUNDNER-NEUBERT

Das neue Deutsche Reichsrecht
Ergänzbare Sammlung des geltenden Rechts seit dem Ermächtigungsgesetz mit Erläuterungen
Herausgegeben von HANS PFUNDNER und REINHARD NEUBERT
Berlin 1933 - 1944

RASCH, ERNST

Die Festlegung und Veränderung staatlicher Zuständigkeiten
in: DÖV 1957 S. 337 - 339

REHM, FRANZ-KARL

Neues Zweckverbandsrecht in Baden-Württemberg
in: WGZ 1963 S. 253 - 258

- SCHWEER, DIETER Die Pflichtaufgaben nach Weisung nach der Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen
in: DVBl 1956 S. 703 - 708
- VON SCHWERIN, CLAUDIUS FREIHERR Grundzüge der deutschen Rechtsschichte
4. Aufl. nach dem Tode des Verfassers besorgt von HANS THIEME
Berlin und München 1950
(zitiert: V.SCHWERIN-THIEME)
- SENGER, RICHARD Zur Frage der Pflichtaufgaben nach Weisung in Nordrhein-Westfalen
in: DVBl 1957 S. 10 - 12
- SEYDEL, PETER Die kommunalen Zweckverbände
Göttingen 1955
- STOCKMEIER, JÜRGEN Kommunale Pflichtverbände und Grundgesetz
Diss. jur. Münster 1960
- STORSBERG, KARL-HEINZ Kommunale Zusammenarbeit
in: Gemeinderat 1959 S. 89 - 91
- SÜSTERHENN, ADOLF Kommentar der Verfassung für
SCHÄFER, HANS Rheinland-Pfalz,
Koblenz 1951
- THIEME, HANS Die Funktion der Regalien im Mittelalter
in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ.Abt.
Bd. 62 1942 S. 57 - 88
- THIEME, WERNER Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften
in: VVDStRL Bd. 18 S. 50 ff.
- TRIEPEL, HEINRICH Delegation und Mandat im öffentlichen Recht
Eine kritische Studie
Stuttgart und Berlin 1942
- WAGENER, FRIDO Die Städte im Landkreis
Bd. 17 der Göttinger Rechtswissenschaftlichen Studien
Göttingen 1955

- WEBER, WERNER Staats- und Selbstverwaltung
in der Gegenwart
Göttingen 1953
- WIDTMANN, JULIUS Landkreisordnung für den Freistaat
Bayern
2. Aufl. München 1953
- WOITE, MANFRED Die Kompetenzaufteilung im Landkreis
und im Amt
Zur Bedeutung der sog. Kompetenz-
Kompetenz der Landkreise und Ämter
Diss. jur. Münster 1963
- WOLFF, HANS JULIUS Organschaft und Juristische Person
-Untersuchungen zur Rechtstheorie und
zum öffentlichen Recht
Bd. 2 Theorie der Vertretung
Berlin 1934
(zitiert: Theorie der Vertretung)
- ders. Allgemeines Verwaltungsrecht
Vorlesungsmanuskript
Münster 1948
(zitiert: Vorlesung 1948)
- ders. Verwaltungsrecht I
Ein Studienbuch
6. Aufl. München und Berlin 1965
(zitiert: Bd. I)
- ders. Verwaltungsrecht II
(Organisations- und Dienstrecht)
Ein Studienbuch
München und Berlin 1962, 2. Aufl. 1967
(zitiert: Bd. II)
- ZEUMER, KARL Quellensammlungen zum Staats-, Verwal-
tungs- und Völkerrecht
herausgegeben von HEINRICH TRIEPEL
Tübingen 1913
Bd. 2: Quellensammlung zur Geschichte
der Deutschen Reichsverfassung in
Mittelalter und Neuzeit
bearbeitet von KARL ZEUMER
2. Aufl. Tübingen 1913
- ZUHORN, KARL Landschaftliche Kulturpflege
in: Handbuch der kommunalen Wissen-
schaft und Praxis, herausgegeben
von HANS PETERS,
II. Band Kommunalverwaltung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957
S. 246 - 264

ZUHORN, KARL
HOPPE, WERNER

Gemeindeverfassung
Bd. I der Schriftenreihe: Das
Gemeinderecht in Nordrhein-West-
falen
2. Aufl. Siegburg 1962

ABKÜRZUNGEN

a.A., A.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abg.	Abgeordneter
Abs.	Absatz
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BGBI. I S. 1089)
AmtsBl., ABl.	Amtsblatt
AmtsO	Amtsordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
bay	bayerisch (er) (e) (es)
bay BezO	Bezirksordnung für den Freistaat Bayern v. 27.7.1953 (s.S. 170 Fußn. 3)
bay GemO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25.1.1952 (bay GVBl. S. 19) i.d.F. der Gesetze v. 11.7.1958 (bay GVBl. S. 147), v. 19.12.1958 (bay GVBl. S. 345), v. 13.3.1959 (bay GVBl. S. 113), v. 28.11.1960 (bay GVBl. S. 266), v. 30.5.1961 (bay GVBl. S. 148), v. 26.10.1962 (bay GVBl. S. 269) und v. 16.6. 1964 (bay GVBl. S. 113).
bay LKO	Landkreisordnung für den Freistaat Bayern v. 16.2.1952 (s.S. 139 Fußn. 2)
bay LVerf	Verfassung des Freistaates Bayern v. 2.12.1946 (bay GVBl. S. 333)
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerwGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Bd.	Band
Begr.	Begründung
Bl.	Blatt
BGBI.	Bundesgesetzblatt
bw	baden-württembergisch (er) (e) (es)
bw GemO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg v. 25.7.1955 (bw GB1. S. 129) i.d.F. der Gesetze v. 27.1.1958 (bw GB1. S. 17), v. 16.6.1958 (bw GB1. S. 155), v. 22.3.1960 (bw GB1. S. 94), v. 1.8.1962 (bw GB1. S. 89 u. 141), v. 18.2. 1964 (bw GB1. S. 71), v. 8.3.1965 (bw GB1. S. 61) und v. 6.7.1965 (bw GB1. S. 165).
bw LKO	Landkreisordnung für Baden-Württemberg v. 10.10.1955 (s.S. 139 Fußn. 1)

bw LVerf	Verfassung des Landes Baden-Württemberg v. 11.11.1953 (bw GB1. S. 173)
bw ZwVG	Zweckverbandsgesetz v. 24.7.1963 (bw GB1. S. 114)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DGO	Deutsche Gemeindeordnung v. 20.1.1935 (RGB1. I S. 49)
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Drucks.	Drucksache
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
E	Entscheidungssammlung des zuvor genannten Gerichts
EigBetrVO	Eigenbetriebsverordnung
f.	einschließlich folgende Seite oder §
ff.	einschließlich folgende Seiten oder §§
Fußn.	Fußnote
Gemeinde	Die Demokratische Gemeinde (Zeitschrift)
Gemeinderat	Der Gemeinderat (Zeitschrift)
GemO	Gemeindeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGB1. S.1)
GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung v. 20.4.1892 (RGB1. S. 447) i.d.F. v. 20.5.1898 (RGB1. S.846)
Gart. 131	Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Personen v. 1951 i.d.F. v. 21.8.1961 (SaBl. 1663)
GS	Gesetzessammlung
GS NW	Sammlung des bereinigten Landesrechts Nordrhein-Westfalen 1945-1956, Sonderband
GVB1., GB1.	Gesetz- und Verordnungsblatt, Gesetzblatt
Halbs.	Halbsatz
he	hessisch (er) (e) (es)
he GemO	Hessische Gemeindeordnung v. 25.2.1952 (he GVB1. I S. 11) i.d.F. der Gesetze v. 21.3.1962 (he GVB1. I S. 145), v. 19.10.1962 (he GVB1. I S. 467), v. 6.5.1964 (he GVB1. I S. 61) und v. 17.12.1964 (he GVB1. I S. 209)

he LKO	Hessische Landkreisordnung i.d. Neufassung v. 1.7.1960 (he GVB1. I S. 131).
he LVerf	Verfassung des Landes Hessen v. 1.12.1946 he GVB1. S. 229) i.d.F. v. 20.7.1950 (he GVB1. S. 131).
He VGH	Verwaltungsgerichtshof für das Land Hessen
in st. Rspr.	in steter Rechtsprechung
i.d.F.	in der Fassung
i.V.m.	in Verbindung mit
i.S.	im Sinne
i.e.S., i.w.S.	im engeren Sinne, im weiteren Sinne
JZ	Juristenzeitung
Kanon.Abt.	Kanonistische Abteilung
KAG	Kommunalabgabengesetz
KPB1	Kommunalpolitische Blätter (Zeitschrift)
lit.	Buchstabe
LKT-Eildienst	Eildienst des Landkreistages (Eilnachrichten)
LKO	Landkreisordnung
LVerf, LVf	Landesverfassung
Mat.Bd.I, Bd. III	Materialien zum (nordrhein-westfälischen) Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit, Landtag Nordrhein-Westfalen, 4. Wahlperiode, Drucksachen Nr. 23, 470 und 490: Begründung zu dem RegEntw v. 12.11.1958 Bd. I S. 20 - 32; I. Lesung am 15.12.1958 Bd. I S. 95-107; II. Lesung am 22.3. 1961 Bd. III S. 2175-2182; III. Lesung am 18.4.1961 Bd. III S. 2195-2197.
mit weit.ausf.Hinw.	mit weiteren ausführlichen Hinweisen
MinBl	Ministerialblatt
Mon.Germ.Hist.Const.I	Monumenta Germaniae Historica Constitutiones et acta publica imperatorum et regum, Tomus I edidit Ludewicus WEILAND Hannover 1893
nds	niedersächsisch (er) (e) (es)

nds GemO	Niedersächsische Gemeindeordnung v. 4.3.1955 (nds GVBl. S. 55) i.d.F. der Gesetze v. 8.7.1960 (nds GVBl. S. 214) und v. 18.4.1963 (nds GVBl. S. 255)
nds LKO	Niedersächsische Landkreisordnung v. 31.3.1958 (s.S. 140 Fußn. 4)
nds SgVO	(niedersächsische) Verordnung über die Verfassung und Verwaltung von Samtgemeinden (Samtgemeindeverordnung) v. 27.6.1963 (nds GVBl. S. 306)
nds LVerf	Vorläufige niedersächsische Verfassung v. 13.4.1951 (nds GVBl. S. 103)
nw	nordrhein-westfälisch (er) (e) (es)
nw AmtsO	Amtsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (s.S. 116 Fußn. 5)
nw GemO	Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 28.10.1952 (nw GVBl. S. 283) i.d.Fassung der Gesetze v. 9.6.1954 (nw GVBl. S. 219), v. 28.11.1961 (nw GVBl. S. 319) und v. 25.2.1964 (nw GVBl. S. 45)
nw KGemG	(nordrhein-westfälisches) Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit v. 26.4.1961 (nw GVBl. S. 190) i.d.F.d. Gesetzes v. 25.2.1964 (nw GVBl. S. 45)
nw LKO	Landkreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (s.S. 140 Fußn. 5)
nw LStrG	Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (Landesstraßengesetz) v. 28.11.1961 (nw GVBl. S. 305)
nw LVerbO	Landschaftsverbandsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 12.5.1953 (nw GVBl. S. 217)
nw LVerf	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 18.6.1950 (nw GVBl. S. 12) i.d.F. v. 11.5.1954 (nw GVBl. S. 131)
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrGS	Preußische Gesetzessammlung (1907-1945); bis 1906: Gesetzessammlung für die Königlich Preussischen Staaten
PrGS NW	Sammlung des in Nordrhein-Westfalen geltenden preußischen Rechts 1806 - 1945 (Sonderband)
pr KAG	(preußisches) Kommunalabgabengesetz v. 14.7.1893 (PrGS NW S. 7)
ProVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht

PVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz in der für den Aufgabenbereich der Polizei geltenden Neufassung v. 27.11. 1953 (nw GS S. 163)
Rdn.	Randnote
RegAmtsBl., RegABl.	Amtsblatt des zuvor genannten Regierungsbezirks
Reg Bez	Regierungsbezirk
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RegEntw zum nw KGemG	Entwurf eines Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit der Landesregierung des Landes Nordrhein-Westfalen (s.Mat. Bd. I)
RGZ Anh.	Entscheidungen des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich, abgedruckt im Anhang der Entscheidungen des Reichsgerichts
rhpf	rheinland-pfälzisch (er) (e) (es)
rhpf AmtsO	(rheinland-pfälzische) Amtsordnung i.d. Neufassung v. 25.9.1964 (s.S. 116 Fußn. 6)
rhpf GemO	Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz, Teil A Gemeindeordnung, v. 27.9. 1948 (rhpf GVBl.S. 33) in der Neufassung des Gesetzes v. 25.9.1964 (rhpf GVBl. S. 145)
rhpf KAG	(rheinland-pfälzisches) Kommunalabgabengesetz v. 8.11.1954 (rhpf GVBl. S. 139)
rhpf LKO	(rheinland-pfälzische) Landkreisordnung i.d.Neufassung v. 25.9.1964 (s.S. 140 Fußn. 6)
rhpf LVerf	Verfassung für Rheinland-Pfalz v. 18.5. 1947 (rhpf GVBl. S. 209) i.d.F.v. 10.7. 1952 (rhpf GVBl. S. 109)
rhpf ZwVG	(rheinland-pfälzisches) Zweckverbandsgesetz v. 3.12.1954 (s.S. 60 Fußn. 3)
RVBl	Reichsverwaltungsblatt (Zeitschrift 1934-1943)
RZwVG	Reichszweckverbandsgesetz (s.S. 60 mit Fußn. 1)
S.	Seite
s.	siehe
saarl	saarländisch (er) (e) (es)
saarl AmtsO	(saarländische) Amtsordnung i.d. Neufassung v. 15. 1. 1964 (s.S. 116 Fußn.7)

saarl GemO	(saarländisches) Gesetz Nr. 788 über die Selbstverwaltung der Gemeinden, Ämter und Landkreise (Kommunalselbstverwaltungsgesetz) v. 15.1.1964 (saarl AB1. S. 123) , Teil A Gemeindeordnung
saarl LKO	(saarländische) Landkreisordnung i.d. Neufassung v. 15.1.1964 (s.S. 140 Fußn. 7)
saarl Verf	Verfassung des Saarlandes v. 15.12.1947 (saarl AB1. S. 1077) i.d.F.v. 17.7.1958 (saarl AB1. S. 735)
SaBl	Sammelblatt für Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder 1950 ff.
schlh	schleswig-holsteinisch (er) (e) (es)
schlh AmtsO	Amtsordnung für Schleswig-Holstein v. 17.6.1952 (schlh GVBl. S. 95) i.d.F. v. 24.5.1966 (schlh GVBl. S. 96)
schlh GemO	Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein v. 24.1.1950 (schlh GVBl. S. 25) i.d.F. des Ges. v. 21.4.1964 (schlh GVBl. S.39)
schlh KO	Kreisordnung für Schleswig-Holstein v. 27.2.1950 (schlh GVBl. S. 49)
schlh LS	Landessatzung für Schleswig-Holstein v. 13.12.1949 (schlh GVBl. S. 3) i.d.F.v. 15.3.1962 (SaBl. S. 404)
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung (Zeitschrift)
SMB1. NW	Sammlung des bereinigten Ministerialblatts
SV	Die Selbstverwaltung (Organ des Deutschen Landkreistages)
u.a.	unter anderem
Urt.	Urteil
v.	von, vom
Verf.	Verfassung, Verfasser
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerfGH NW	Verfassungsgerichtshof Nordrhein-Westfalen
VerwRspr	Verwaltungsrechtssprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht München und Berlin 1949 ff.
VerwVO	Verwaltungsvorschrift

VerwVO zum nw KGemG

Verwaltungsvorschrift zur Durchführung
des (nw) Gesetzes über kommunale Ge-
meinschaftsarbeit (MinBl NW 1961 S.
126o)

vgl., Vgl.

vergleiche

VVDStRL

Veröffentlichungen der Vereinigung
der Deutschen Staatsrechtslehrer,
Berichte und Aussprachen, Berlin

WGZ

Württ. Gemeinde-Zeitung

wh

württemberg-hohenzollerisch (er) (e)
(es)

WRV

Verfassung des Deutschen Reichs v.
11.8.1919 (Weimarer Reichsverfassung)



Einführung

Die "Delegation" ist im öffentlichen Recht zu einem geläufigen Rechtsbegriff geworden. Zur Festigung dieses Begriffs hat vor allem die im Jahre 1942 erschienene, grundlegende Monographie HEINRICH TRIEPELS "Delegation und Mandat im öffentlichen Recht" beigetragen, mit der TRIEPEL eine bis ins Römische Recht zurückgreifende Studie vorgelegt hat. Der von TRIEPEL geprägte Delegationsbegriff ist indessen von Wissenschaft und Lehre nicht unwidersprochen übernommen worden. Maßgeblich haben die seit dem Erscheinen der TRIEPELSchen Schrift erfolgten verfassungsmäßigen Umwälzungen in Deutschland zu einer Nachprüfung des Delegationsbegriffs TRIEPELS geführt: BARBEY ¹⁾ hat sich mit der Delegationslehre TRIEPELS kritisch auseinandergesetzt; OBERMAYER ²⁾ und RASCH ³⁾ sind dem Delegationsbegriff im verwaltungsbehördlichen Organisationsbereich nachgegangen; in der Rechtsprechung ist der Hessische Verwaltungsgerichtshof weitgehend dem TRIEPELSchen Delegationsbegriff gefolgt ⁴⁾.

Im kommunalen Bereich ist bisher eine dogmatische Überprüfung des Begriffs "Delegation" unterblieben. Die vorliegende Untersuchung stellt sich zur Aufgabe, diese Lücke zu schließen. Die hier anzustellende Untersuchung wird sich aus Gründen des logischen Vorrangs vor der Behandlung des Delegationsbegriffs auf die Begriffsbestimmung der "Hoheitsrechte" als des Gegenstandes der Delegation zu erstrecken haben. Nach der sodann durchzuführenden dogmatischen Klärung des Delegationsbegriffs werden anhand der gewonnenen Ergebnisse die einzelnen Fälle der Delegation im zwischengemeindlichen Bereich behandelt werden. Die nachfolgende Untersuchung beschränkt sich bei der Vielzahl der Delegationsmöglichkeiten der Selbstverwaltungskörperschaften untereinander auf die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf andere Gemeinden sowie auf Gemeindeverbände.

-
- 1) BARBEY in seiner 1962 in Münster veröffentlichten Dissertation "Rechtsübertragung und Delegation"
 - 2) JZ 1956 S. 625 ff.
 - 3) DÖV 1957, S. 337 ff.
 - 4) Urt.v.24.11.1950, VerwRspr.Bd.4 S.565 ff.;
Urt.v.25.4.1952, VerwRspr.Bd.5 S.537 ff = DÖV 1953 S.88 ff = DVBl. 1953 S. 47 ff.

Hierbei wird dem Beispiel der Bestimmung des § 5 Abs.2, 1.Halbs. des nw Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit ⁵⁾ folgend und entgegen der in der Kommunallehre herrschenden Ansicht der Zweckverband in den Kreis der Gemeindeverbände miteinbezogen. Allerdings werden die außerhalb der Zweckverbandsgesetze auf besonderer gesetzlicher Grundlage beruhenden Sonderzweckverbände, wie z.B. die zahlreichen Wasser- und Bodenverbände ⁶⁾ oder Sparkassen- und Giroverbände ⁷⁾, aus dieser Untersuchung ausgeklammert, da die Berücksichtigung sämtlicher sondergesetzlicher Zweckverbände den Rahmen dieser Arbeit sprengen und von der eigentlichen Problematik ablenken würde.

Aus der vorliegenden Untersuchung scheidet ferner die zwischen-gemeindliche Arbeitsgemeinschaft, die gleichfalls zu den kommunalrechtlichen Zusammenschlüssen zählt, aus. Die kommunale Arbeitsgemeinschaft ist als eine der Formen zwischengemeindlichen Zusammenwirkens nur in einem Landesgesetz, nämlich in §§ 2 u. 3 des nw Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit geregelt. Diese auf öffentlich-rechtlichem Vertrag beruhenden kommunalen Arbeitsgemeinschaften dienen lediglich dazu, den angeschlossenen Gemeinden und Gemeindeverbänden in zwangsloser Form Anregungen zu geben; sie fassen keine die Mitglieder bindenden Beschlüsse. Wie § 3 Abs. 1 S.2 des Gesetzes ausdrücklich feststellt, bleibt die Zuständigkeit der Organe der einzelnen Mitglieder unberührt. Eine Delegation von Hoheitsrechten findet demnach bei kommunalen Arbeitsgemeinschaften nicht statt.

Der Größenordnung der einzelnen, für eine gemeindliche Delegation von Hoheitsrechten in Betracht kommenden Hoheitsträger nach werden zunächst die Delegationen durch Gemeinden auf andere Gemeinden und im Anschluß daran die gemeindlichen Delegationen auf Zweckverbände, Samtgemeinden, Landkreise und schließlich auf höhere Gemeindeverbände im einzelnen aufgezeigt, wobei auch auf die Auswirkung der hoheitsrechtlichen Delegationen in der Verwaltungspraxis hingewiesen werden soll.

5) Vom 26.4.1961 (nw GVBl.S. 190).

6) Diese Sonderzweckverbände haben ihre Rechtsgrundlage im Gesetz über Wasser- und Bodenverbände vom 10.2.1937 (RGBl.I S.188).

7) Die Rechtsgrundlagen dieser Sonderzweckverbände sind in den Sparkassengesetzen der einzelnen Bundesländer enthalten, z.B. in NW in §§ 43 ff. des nw Sparkassengesetzes v. 7.1.1958 (nw GV S.5, berichtet S.352.).

ERSTER ABSCHNITT: BEGRIFF DER HOHEITSRECHTE

Der Begriff "Hoheitsrechte" findet sich in Art. 24 GG. Hierbei handelt es sich um Hoheitsrechte der Bundesrepublik Deutschland ¹⁾, die der Bund durch Gesetz auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen kann (Abs.1), oder in deren Beschränkung er bei Einordnung in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit zur Wahrung des Friedens einwilligen kann (Abs.2).

Dagegen ist der Begriff der gemeindlichen Hoheitsrechte den Verfassungen und den Gemeindeordnungen der einzelnen Bundesländer nicht bekannt.

In der Kommunalwissenschaft wird der Begriff "Hoheitsrechte" nur vereinzelt verwandt: GÖNNENWEIN ²⁾ gebraucht diesen Begriff im Zusammenhang mit der Frage der Entstehung neuer Gemeinden, denen "Hoheitsrechte" durch staatlichen Hoheitsakt verliehen werden; PAGENKOPF ³⁾ behandelt den Inhalt der "Hoheitsrechte" im Zusammenhang mit dem Begriff der Gemeindehoheit und ihren verschiedenen Erscheinungsformen. Doch ist im Schrifttum fast stets bei der Behandlung der geschichtlichen Entwicklung von Staat und Gemeinden von "Hoheitsrechten" die Rede.

Eine Definition der gemeindlichen Hoheitsrechte liegt bisher nicht vor. Bei dem Versuch, eine solche Definition zu finden und zu begründen, erscheint es angebracht, zunächst in kurzen Zügen dem geschichtlichen Ursprung dieses Begriffs nachzugehen und sodann auf den Begriff der Hoheitsrechte im staatsrechtlichen Sinne, wie er aus der Grundgesetzbestimmung des Art.24 heraus verstanden und gedeutet worden ist, einzugehen.

1) Hierzu eingehend: VON MANGOLDT-KLEIN S. 66o f.mit weit.ausf. Literaturhinweisen. PAGENKOPF, Festgabe für ETZEL S. 194.

2) GÖNNENWEIN S. 45.

3) PAGENKOPF S. 81 ff.

§ 1 Die geschichtliche Entwicklung der staatlichen und
gemeindlichen Hoheitsrechte

Im deutschen Rechtskreis findet der allgemeine Begriff "Hoheitsrechte" seinen Ursprung im mittelalterlichen Regalienwesen ¹⁾. Der im Investiturstreit zwischen Papst und Kaiser in den Jahren 1107 bis 1122 geprägte Regalienbegriff ²⁾, der zunächst lediglich die königlichen Lehnrechte (regalia) an geistliche Fürsten umfaßte, erfuhr noch im 12. Jahrhundert einen Bedeutungswandel. Als Regalien (iura regalia) wurden sämtliche den mittelalterlichen Königen zustehenden Rechte bezeichnet, die in die regalia maiora (Hoheitsrechte wie die Markt-, Münz-, Steuer-, Zoll- und Gerichtsregalien) und die regalia minora (Vermögensrechte wie die Berg-, Jagd- und Wasserregalien) geschieden wurden. Das mittelalterliche Regalienwesen erreichte seinen Höhepunkt, als gegen Ende des 12. Jahrhunderts die Feudalisierung einsetzte und neben dem König als oberstem Lehnsherrn auch Fürsten und Adel, geistliche und weltliche Lehnnehmer Regalien erhielten und ausübten. Die hoheitliche Gewalt in den Händen dieser Obrigkeiten bestand jeweils aus einem zerlegbaren Bündel von einzelnen, bestimmten und begrenzten Regalien (Hoheitsrechten). Jede Obrigkeit besaß nur diejenigen Hoheitsrechte, für die sie einen persönlichen Rechtstitel, sei es auf Grund ausdrücklicher Verleihung oder sei es infolge Gewohnheitsrechts, nachweisen konnte.

Parallel zu dieser Entwicklung begannen die Städte seit dem 12. Jahrhundert, sich weitgehend von dem Einfluß ihrer Stadtherren zu befreien und diesen gegenüber eine autonome Selbstverwaltung zu erringen. Diese Erscheinung kann als frühe Vorläuferin der modernen Selbstverwaltung angesehen werden, da sich bereits damals die Träger der Städte zum grossen Teil aus ständisch gewählten Stadträten und Bürgermeistern zusammensetzten. Teilweise bestanden die obrigkeitlichen Organe der Städte aus Mitgliedern des

1) Hierzu und im folgenden: FLEINER, S. 29 f.; GIERKE, Genossenschaftsrecht Bd. III S. 622 ff.; Bd. IV S. 232 ff., JELLINEK S. 597; MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdn. 20; OTT S. 234 ff. (236, 241) 271, 301 f.; PAGENKOPF S. 24 ff.; THIEME, HANS, S. 61; V.SCHWERTIN-THIEME S. 162 Fußn. 4, 182, 187 ff. 299, 337; WOLFF Bd. I §§ 6 und 7 (S. 29 ff.).

2) Urkundlich nachweisbar in: Mon.Germ.Hist.Const. I Nr. 85 S. 138 f. und Nr. 175 S. 175 ff.

Patriziate und der Zünfte. Die diesen städtischen Obrigkeiten zustehenden Hoheitsrechte waren den Regalien der früheren Stadtherren ebenbürtig. Die städtischen Hoheitsrechte stellten ebenfalls ein Bündel der verschiedensten Obrigkeitsrechte dar, von denen die wichtigsten Regalien das Recht der Gerichtsbarkeit sowie die Besteuerungs-, Münz- und Zollhoheit waren. Diese mittelalterliche Vorstellung von den Hoheitsrechten als von einem zerlegbaren Bündel ungleichartiger, aus den verschiedensten Rechtsgründen herzuleitender Obrigkeitsrechte wich im 14. Jahrhundert allmählich dem Territorialstaatsgedanken. In der Goldenen Bulle (1356) ³⁾ erhielten die Kurfürsten verbriefte Vorrechte, die ihnen die Landeshoheit zusicherten. Im Verlaufe dieser sich anbahnenden Entwicklung errangen auch die übrigen Landesherren in zunehmendem Maße die territoriale Selbständigkeit gegenüber der Reichsgewalt. Grundlage dieser Territorialhoheit war nicht mehr wie im Mittelalter die persönliche Bindung zwischen Obrigkeit und Untertan, sondern nunmehr das Territorium. Die Hoheitsrechte der Städte mit Ausnahme der freien Reichsstädte mußten sich einer einheitlichen Territorialhoheit der Landesherren beugen. Diese freien Reichsstädte sahen sich jedoch ebenfalls einem allmählichen territorialen Eingliederungsprozeß unterworfen, der erst mit dem Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 ⁴⁾ seinen Abschluß fand, indem nach Mediatisierung der bisherigen 52 freien Reichsstädte nur noch die sechs "freien und unmittelbaren Städte" Augsburg, Bremen, Frankfurt, Hamburg, Lübeck und Nürnberg fortbestehen konnten. Ausgehend von dem Gedanken der Naturrechtslehre, daß die von Gott verliehene Herrschaftsgewalt unteilbar sei, sowie ferner unter dem Einfluß der auf dem Hauptwerk JEAN BODINS "Les six Livres de la république" (1576) ⁵⁾ fußenden Souveränitätsvorstel-

3) Vgl. den vollständigen Text der Goldenen Bulle bei ZEUMER Nr. 148 S. 192-214.

4) Vgl. den hier maßgebenden Text des § 27 Reichsdeputationshauptschlusses bei ZEUMER Nr. 212 S. 517.

5) Faksimile der Ausgabe Paris 1583, herausgegeben von R. HERPIN, Scientia Aalen 1961.

lungen gilt der Staat seit der Zeit des Absolutismus' als Inhaber einer souveränen, allumfassenden Hoheitsgewalt, die alle sich aus dem Staatswesen ergebenden Hoheitsrechte umfaßt. Das auf das grundlegende Werk MONTESQUIEU'S "De l'esprit des Lois" (1748) ⁶⁾ zurückzuführende und der modernen Staatsauffassung zu Grunde liegende Prinzip der Gewaltentrennung steht mit dieser Vorstellung von einer alle Lebensbereiche einheitlich umfassenden Staatsgewalt nur scheinbar in Widerspruch. Die allumfassende Hoheitsgewalt des modernen demokratischen Rechtsstaats wird durch das Prinzip der Gewaltentrennung nicht etwa in mehrere Gewalten aufgeteilt, sondern zur Sicherung des Bestandes der rechtsstaatlich-demokratischen Grundordnung und zur Verhinderung totalitärer Entwicklungen funktionsmäßig auf mehrere staatliche Organe verteilt ⁷⁾ und durch die Bindung sämtlicher Funktions-träger an die Grundrechte beschränkt. Statt von "Gewaltentrennung" oder "Gewaltenteilung" sollte man daher besser von "Gewaltengliederung" der nach wie vor einheitlichen Staatsgewalt sprechen ⁸⁾. In diesem Sinne ist der in Art. 24 GG enthaltene Begriff "Hoheitsrechte" zu verstehen und auszulegen.

Eine grundlegende Definition des Begriffs der Hoheitsrechte ist bisher erst durch KARL-HEINZ KLEIN erfolgt. Nach seiner Definition sind Hoheitsrechte "die dem jeweiligen Gegenstand nach bezeichneten (materiellen) Befugnisse des Staates, den in ihm zusammengeschlossenen Personen oder Personenverbänden das zur Erreichung des Gemeinschaftszweckes notwendige Verhalten zu befehlen und mit Zwang durchzusetzen" ⁹⁾.

Es stellt sich im Folgenden die Frage, ob diese Definition der staatlichen Hoheitsrechte für eine entsprechende Begriffsbestimmung der gemeindlichen Hoheitsrechte herangezogen und verwertet werden kann. Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst erforderlich, auf das Verhältnis zwischen Staat und Gemeinde kurz einzugehen.

6) In neuer Übersetzung eingeleitet und herausgegeben von FORSTHOFF, ERNST, 2 Bde. Tübingen 1951,

7) Vgl. MENDER, VVDStRL 15 S. 26 "Was in den Verfassungen als 'Gewaltentrennung' angesehen wird... ist zu einer bloßen Funktionsunterscheidung verblaßt, also zu einem technischen Mittel der Verfassungsorganisation."

8) Vgl. WOLFF Bd. I § 16 (S. 61).

9) KLEIN, KARL-HEINZ, S. 22.

Seit der Wiederbelebung des Selbstverwaltungsgedankens durch die preußische Städteordnung des Freiherrn VOM STEIN vom 19. November 1808 ¹⁰⁾ sind die Gemeinden neben dem Staat immer mehr zu Trägern hoheitlicher Rechte und Pflichten geworden. Die Beziehung der Gemeinde zum Staat ist im Verlauf dieser Entwicklung - sieht man von der Zeit des "Dritten Reichs" ab - heute nicht im Verhältnis von einem minus ad maiorem zu sehen: die Gemeinde ist kein Staat im Staate; sie ist vielmehr als umfassendes und weitgehend eigengesetzliches Gemeinwesen auf der Grundlage örtlich gebundener, gemeinschaftlicher Zusammenarbeit anzusehen. Die Hauptfunktion der Gemeinde liegt darin, die Verbindung zwischen den beiden maßgebenden Erscheinungen unseres öffentlichen Lebens, nämlich zwischen Staat und Gesellschaft, herzustellen. Diese Verbindenderolle nimmt die Gemeinde indessen nicht als völlig unabhängiges Eigenwesen neben den beiden anderen Polen Staat und Gesellschaft wahr; sie ist vielmehr nach dem heutigen Verfassungsrecht als kleinste räumlich bestimmte und rechtlich organisierte Einheit vollständig in den Staat eingeordnet ¹¹⁾. Vom Staat her empfängt die Gemeinde ihre rechtliche Sicherung. Die Autorität und Souveränität des Staates sichert den gesetzlich begründeten Geboten und Verboten sowie den rechtsgestaltenden Verwaltungsakten der Gemeindebehörden Gültigkeit und Durchsetzbarkeit zu. Die Eigenständigkeit des örtlichen Gemeinschaftslebens und die Institution der gemeindlichen Selbstverwaltung stehen unter staatlicher Garantie, nämlich unter der institutionellen Garantie des Art. 28 GG sowie den Verfassungsgarantien der einzelnen Landesverfassungen ¹²⁾.

10) Vgl. den vollständigen Text der "Ordnung für sämtliche Städte der Preußischen Monarchie mit dazu gehöriger Instruktion Behuf der Geschäftsführung der Stadtverordneten bei ihren ordnungsmäßigen Versammlungen. Vom 19 ten November 1808 " in PrGS 1806-27. 10.1810 (S. 324-357).

11) PAGENKOPF S.2.

12) Art. 71 bw LVerf.; Art. 11 u. 83 bay LVerf; Art. 137 he LVerf; Art. 44 nds LVerf; Art. 78 nw LVerf; Art. 49 u. 50 rhpf LVerf; Art. 122 saarl Verf; Art 39 u. 40 schlh Ls.

Dieser ihrer Stellung zum und im Staat entsprechend üben die Gemeinden verschiedene Tätigkeiten aus und stehen ihnen verschiedenartige Hoheitsrechte zu:

Soweit die Gemeinden als in den Staat eingegliederte, unterste Körperschaften der Ortsstufe im Auftrage des Staates staatliche Funktionen wahrnehmen, sind die Gemeinden als staatliche Organe tätig. Diese sog. Auftragsverwaltung ist staatliche Verwaltung, bei der der Staat ein bis in alle Einzelheiten gehendes Weisungsrecht behält. Demnach können auch die mit der Auftragsverwaltung verbundenen Hoheitsrechte nur staatliche Hoheitsrechte sein. Für diese Hoheitsrechte kann die von K.H. KLEIN entwickelte Definition unbedenklich angewandt werden.

Soweit die Gemeinden jedoch ein verfassungsmäßig garantiertes Eigenleben führen, sind sie Träger eigener Aufgaben, nämlich der gemeindlichen Selbstverwaltung. Insoweit üben sie eigene Hoheitsrechte aus. Für diese gemeindlichen Hoheitsrechte kann die Definition K.H. KLEINS, die allein auf die Wesensmerkmale staatlicher Hoheitsgewalt abstellt, keine Anwendung finden. Vielmehr ist nach einer neuen Definition, die die Besonderheiten des gemeindlichen selbstverantwortlichen Eigenlebens berücksichtigt, zu suchen. Hierbei ist für eine zu entwickelnde Definition zunächst die Frage bedeutsam, ob die den Gemeinden institutionell garantierte Selbstverwaltung und damit die sich aus der Selbstverwaltung ergebenden Hoheitsrechte originären Ursprungs oder vom Staate abgeleitet sind.

Ein weiteres bedeutsames Problem ist, ob das in den Bundesländern Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein bestehende Rechtsinstitut der "Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung", bei der die Staatsorgane der vorgenannten Bundesländer das staatliche Weisungsrecht nur noch begrenzt ausüben können, zu dem gemeindlichen Aufgabenkreis und Hoheitsbereich gezählt werden kann, oder ob diese Weisungsaufgaben zur staatlichen Auftragsverwaltung und somit zum staatlichen Hoheitsbereich zu rechnen sind. Mit der Beantwortung dieser Frage entscheidet sich, ob die mit den sog. Weisungsaufgaben zusammenhängenden Hoheitsrechte als Teile gemeindlicher oder staatlicher Hoheitsgewalt anzusehen sind.

§ 2 Die gemeindlichen Hoheitsrechte

I. Das Wesen der gemeindlichen Hoheitsgewalt

1. Die auf der Selbstverwaltung beruhende gemeindliche Hoheitsgewalt

In der Kommunallehre ist die Frage, ob die Gemeinden, soweit sie auf dem Gebiet der Selbstverwaltung tätig werden, originäre oder abgeleitete hoheitliche Gewalt ausüben, heftig umstritten.

Dafür, daß eine nur abgeleitete hoheitliche Gewalt vorliege, wird angeführt ¹⁾: Die Gemeinde könne sich ihre Verfassung nicht selbst geben, da hierfür der Landesgesetzgeber zuständig sei; das durch die institutionelle Garantie des Art. 28 GG gewährte Recht, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in Selbstverantwortung zu regeln, stehe unter dem Gesetzesvorbehalt; der Aufgabenkreis der Gemeinde könne also durch das Gesetz weiter eingeschränkt werden; zudem erfolge die Anerkennung der Gemeinde als politische Rechtspersönlichkeit durch Staatsakt; damit leite jede Gemeinde ihre Rechtsfähigkeit, ihre Verfassung, das Maß ihrer Freiheit, ihre Aufgaben und damit ihre gesamte Existenz vom Staate ab.

Demgegenüber weist die Gegenmeinung ²⁾ darauf hin, die Lehre von der abgeleiteten Gemeindehoheit lasse außer acht, daß durch das Reformwerk des Freiherrn VOM STEIN ein für das gesamte staatliche Leben grundlegender Umbildungsvorgang eingeleitet worden sei, "dessen Ziel" - um mit den Worten OTTO VON GIERKES

-
- 1) DAVID S. 25 ff.; ELLERINGMANN, Grundlagen S. 39 f.; FORSTHOFF S. 412; HEINRICHS, DVBL 1954 S. 734, KÖTTGEN, Die Gemeinden und der Bundesgesetzgeber S. 44; LOHR S. 46 ff.,; 49 ff. mit ausführlichen Hinweisen auf Lit. und Rechtspr.; VON MANGOLDT - KLEIN Art. 28 Anm. IV 1 a) (S. 705); PETERS, Grenzen S. 23 f., 26, 60; SCHOEN S. 14, 71; WOLFF Bd. I § 4 III b) (S. 27), Bd. II § 86 I b) (S. 146).
- 2) DÜRIG, JZ 1953 S. 198; FLEINER S. 78; GIERKE, Genossenschaftsrecht Bd. I S. 759; Bd. IV S. 203 f; Rede S. 3 ff.; HINDENLANG, SIEGFRIED, Die Satzung als Rechtsquelle im öffentlichen Recht, in Sonderheit die Gemeindegatzung, Diss.jur.Freiburg 1952, S. 35 ff., 40, 63 mit weit.Hinweisen; MAUNZ, Staatsrecht, 15. Aufl. 1966, S. 69; JELLINEK, System S. 279, PAGENKOPF S. 1 f., 222 ff.; bereits CARL VON ROTTECK (S.32) sprach 1839 vom "selbsteligen Ursprung der Gemeinden"; SÜSTERHENSCHÄFER, S. 219; weitere ausf. Hinweise auf Lit.u. Rechtspr. finden sich bei LOHR S. 41 bis 45.

zu sprechen ³⁾ -" die Zurückverlegung des Staates in das Volk war". PAGENKOPF führt als weiteres Gegenargument an, daß Gemeinde und Staat nach demokratischer Verfassung beide politische Körperschaften seien, deren Rechte vom Volke ausgingen. Eine Ausnahme bilde zwar die Ordnungsfunktion des Staates; doch ergebe sich diese aus dem Bedürfnis nach einer ordnenden Hand naturnotwendig zu Gunsten des Staates aus dessen größerem territorialem und allumfassendem Bereich. Das Vorhandensein des Staates und die Ausführung legitimer Ordnungsrechte durch ihn ließen deshalb die Ursprünglichkeit der Existenz der Gemeinden und der Originalität ihrer Selbstverwaltungsrechte unberührt ⁴⁾.

Dieser Ansicht ist der Vorzug zu geben. Aus der Tatsache, daß der Gemeinde das Selbstverwaltungsrecht durch Art. 28 GG sowie durch die einzelnen Landesverfassungen ⁵⁾ und Gemeindeordnungen der Länder ⁶⁾ garantiert wird, läßt sich nicht der Schluß ziehen die gemeindliche Hoheitsgewalt auf dem Gebiete der Selbstverwaltung sei vom Staate abgeleitet. Dies folgt aus einem Vergleich mit den übrigen durch das Grundgesetz geschützten Institutionen. In gleicher Weise wie die gemeindliche Selbstverwaltung garantiert das Grundgesetz in Art. 6 Ehe und Familie, in Art. 14 das Eigentum und in weiteren Artikeln andere Institutionen ⁷⁾. Ehe und Familie, zu deren Schutze der Staat zwar gleichfalls Ordnungsnormen gesetzt hat, können nicht als vom Staat abgeleitet angesehen werden; sie bestehen von Natur aus. Ebenso verhält es sich mit dem Eigentum; es entsteht originär und wird nur bei rechtsgeschäftlichem Erwerb als vom bisherigen Eigentümer abgeleitet erworben.

3) Rede S. 5.

4) PAGENKOPF a.a.O.

5) Siehe oben S. 7 Fußn. 11.

6) § 2 Abs. 1 u. 5 bw GemO; Art. 6 bay GemO; § 2 he GemO; § 2 nds GemO; § 2 nw GemO; § 2 Abs. 1 rhpf GemO; § 5 Abs. 1 u. 3 saarl GemO; § 1 Abs. 1 S. 1 schlh GemO.

7) Das GG garantiert ferner z.B. in Art. 5 Abs. 3 die Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre, in Art. 7 die Institutionen des Religionsunterrichts und der Privatschulen, in Art. 10 das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis; vgl. weiterhin Art. 33 Abs. 5, 101, 140 GG. Zum Begriff der Institutsgarantie: MAUNZ § 13 II 7 (S. 90).

Der ursprüngliche Charakter der Gemeinden ist besonders deutlich nach dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Staatsgewalt hervorgetreten. Während die gesamte staatliche Hoheitsgewalt nach der Kapitulation vom 8. Mai 1945 erloschen war, blieben die Gemeinden in ihrer rechtlichen und tatsächlichen Existenz bestehen. Die früheren staatlichen Aufsichts- und Ordnungsfunktionen gegenüber den Gemeinden wurden von den Besatzungsmächten übernommen und ausgeübt. Im übrigen blieben die Gemeinden in ihrem gebietskörperschaftlichen Wesen jedoch unangetastet. Eine Vielzahl sonst staatlicher Aufgaben nahmen die Gemeinden als einzige, auf dem früheren deutschen Reichsgebiet bestehengebliebene Hoheitsträger in weitgehend eigenverantwortlicher Selbstverwaltung wahr. Der demokratische Neuaufbau des deutschen Staatswesens in den drei Westzonen erfolgte allmählich von unten nach oben und fand am 7. September 1949 mit der Konstituierung der Bundesrepublik Deutschland seinen Abschluß. Diese Entwicklung des staatlichen Neubeginns wäre nicht denkbar gewesen, wenn die Gemeinden innerhalb des später von der Bundesrepublik ausgefüllten Teiles Deutschlands ⁸⁾ nicht als originäre, auch unter den Besatzungsmächten weitgehend selbständige Hoheitsträger weiterhin Bestand gehabt hätten.

Schließlich spricht zu Gunsten der hier vertretenen Auffassung die Bestimmung des Art. 11 Abs. 2 bay LVf, in der es heißt: "Die Gemeinden sind ursprüngliche Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts." ⁹⁾.

-
- 8) Auch auf dem Gebiet der sowjetisch besetzten Zone behielten nach dem Zusammenbruch die Gemeinden ihre Eigenständigkeit -wenn auch in politisch beschränktem Umfang- bei. Die ihnen durch Art. 139, 142 der Verfassung der sog. DDR vom 19.3.1949 garantierte kommunale Selbstverwaltung wurde indessen im Zuge der Verwaltungsneugliederung durch das "Gesetz über die weitere Demokratisierung des Aufbaus und der Arbeitsweise der staatlichen Organe in den Ländern der DDR vom 23.7.1952 (GBI. S. 613) vollständig aufgehoben.
- 9) Ebenso Art. 1 bay GemO.

2. Die mit den Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung zusammenhängende gemeindliche Hoheitsgewalt

Die Landesgesetzgeber Baden-Württembergs, Hessens, Nordrhein-Westfalens und Schleswig-Holsteins haben mit der Neuordnung des Gemeinderechts nach dem letzten Kriege einen neuen Aufgabentyp, nämlich das Rechtsinstitut der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung, in ihre Gemeindeordnungen eingeführt ¹⁰⁾. Diese Länder sind damit der Empfehlung des Weinheimer Entwurfs einer Gemeindeordnung vom 3. Juli 1948 ¹¹⁾ gefolgt, der in § 3 Abs. 2 folgenden Vorschlag enthielt: "Pflichtaufgaben können den Gemeinden auch zur Erfüllung nach Weisung übertragen werden; das Gesetz bestimmt den Umfang des Weisungsrechts." Wesentlich für diesen neuen Aufgabentypus ist, daß hier der Staat sein Weisungsrecht nicht mehr - wie noch bei den Auftragsangelegenheiten - unbeschränkt ausüben kann, sondern daß sich der Umfang des staatlichen Weisungsrechts nach dem jeweiligen, die Pflichtaufgaben übertragenden Gesetz richtet.

Die Rechtsnatur der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung (Weisungsaufgaben) ist unstritten.

Von einem Teil der Lehre wird dieses Rechtsinstitut zum Bereich der Selbstverwaltung gezählt, da sich das staatliche Weisungsrecht in der Praxis nur unwesentlich auswirke ¹²⁾.

Die Gegenmeinung ¹³⁾ rechnet die Weisungsaufgaben zur Gattung der Auftragsangelegenheiten; BECKER ¹⁴⁾ und ELLERINGMANN ¹⁵⁾ lehnen darüberhinaus diesen neuen Aufgabentyp als in sich widersprüchlich ab.

10) Vgl. § 2 Abs. 3 bw GemO; §§ 4, 135 he GemO; Art. 78 Abs. 4 S. 2 nw LVf; §§ 3 Abs. 2, 106 Abs. 2 nw GemO; §§ 3 Abs. 2, 130 Abs. 1 schlh GemO.

11) Abgedruckt bei MARKULL, Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein v. 24.1.1950, S. 163 ff.

12) GELLER-KLEINRAHM-FLECK Art. 78 Anm. 10 c); JESCH, DÖV 1960 S. 739 ff. (746); LOSCHOLDER S. 17; RIETDORF, DVBl 1958 S. 344 ff. (345); SENER, DVBl 1957 S. 10 ff.;

13) BVerfG. Urt. v. 23.1.1957, BVerfGE Bd. 6 S. 104 ff. (116); BERKENHOFF, DVBl 1955 S. 347 ff.; PAGENKOPF S. 84, 119, 121; SCHEERBARTH, DVBl 1958 S. 83 ff.; SCHWEER, DVBl. 1956 S. 703 f.

14) Die Selbstverwaltung S. 137 f.

15) Grundlagen S. 35 f.

Eine dritte, vermittelnde Position bezieht das OVG Münster ¹⁶⁾, das den Typ der Weisungsaufgaben als "Zwischending zwischen Selbstverwaltungs- und Auftragsangelegenheiten" ansieht. Zu dieser Ansicht tendieren auch GELZER und KÖTTGEN: GELZER ¹⁷⁾ bezeichnet die Weisungsaufgaben als "unechte Selbstverwaltungsaufgaben", die sich von den "echten" Selbstverwaltungsaufgaben im herkömmlichen Sinne unterscheiden und einen zweiten Typ bildeten; KÖTTGEN ¹⁸⁾ spricht von einer "bemerkenswerten Relativierung der Selbstverwaltung", die sich mit der Einführung der Weisungsaufgaben vollzogen habe.

Der vom OVG Münster vertretenen Ansicht ist zu folgen. Die Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisungsaufgaben können ihrer Art nach nicht zur Gruppe der Auftragsangelegenheiten gerechnet werden, da die aufsichtsbehördliche Weisungsbefugnis des Staates - anders als bei den Auftragsaufgaben - eingeschränkt ist; die Weisungsaufgaben unterliegen vielmehr einer staatlichen Sonderaufsicht, deren Ausmaß sich nach den hier erlassenen Gesetzen richtet. So beschränkt sich z.B. nach § 9 Abs. 2 nw OBG ¹⁹⁾ das staatliche Weisungsrecht zur zweckmässigen Erfüllung der Aufgaben nur auf die Fälle, in denen die gleichmäßige Durchführung der Aufgaben gesichert werden soll, und ermöglicht nur besondere Weisungen, wenn das Verhalten der zuständigen Ordnungsbehörde zur Gefahrenabwehr nicht geeignet erscheint oder überörtliche Interessen gefährden kann.

Andererseits können die Weisungsaufgaben keine echten Selbstverwaltungsaufgaben sein, da das sich auch mit Zweckmäßigkeitserwägungen befassende staatliche Weisungs- und Nachprüfungsrecht mit dem Grundsatz der gemeindlichen Selbstverantwortlichkeit unvereinbar ist. Gleichwohl greift die gesetzlich beschränkte staatliche Fachaufsicht nicht in den Wesensbestand der Selbst-

16) OVG Münster, Urt.v.15.7.1958, OVGE Bd.13 S.356 = DVBl 1958 S. 803 = DÖV 1960 S. 431; dem OVG Münster folgen das VG Münster (Urt.v.10.10.1960, DÖV 1961 S. 271 ff), GÖRG, DÖV 1961 S. 41 ff (45) und KOTTENBERG S. 72 f., ZUHORN-HOPPE S. 81 ff (83).

17) DVBl 1958 S. 87 ff.

18) Wesen und Rechtsform S. 216.

19) nw Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden -Ordnungsbehördengesetz (OBG) -v.16.10.1956 (nw GVBl S. 289; berichtigt in nw GVBl 1957 S. 6).

verwaltung ein, da - wie das OVG Münster zu Recht feststellt - der bestehenden Selbstverwaltung keine Recht genommen, sondern ihr neue Aufgaben zugewiesen werden, "indem bisherige Auftragsangelegenheiten mit einigen Merkmalen der Selbstverwaltung ausgestattet" wurden ²⁰⁾.

Aus den dargelegten Gründen ergibt sich, daß die Verwaltung, soweit ihr Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung obliegen, nicht wie die Selbstverwaltung originären Ursprungs sein kann, sondern daß sie vom Staate abgeleitet ist; es handelt sich um gemeindliche, vom Staate abgeleitete Fremdverwaltung.

Doch soll das Institut der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung - wie die Verfasser des Weinheimer Entwurfs beabsichtigt haben - den Zweck verfolgen, "daß die Gemeinden auch hinsichtlich dieser Aufgaben unmittelbare Aufgabenträger werden und den bisherigen Charakter bloßer Durchführungsstellen für staatliche Angelegenheiten verlieren" ²¹⁾. Durch sein beschränktes Weisungsrecht hat der Staat diesen Typus der Fremdverwaltung bereits derart in die Eigenverantwortlichkeit gestellt, daß man die Weisungsaufgaben als "kommunalisiert" ansehen darf ²²⁾. Die Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung können daher als der gemeindlichen Hoheitsgewalt unterstellt angesehen werden.

3. Ergebnis zu I

Die vorgehende Untersuchung hat gezeigt, daß die Hoheitsgewalt der Gemeinden auf zwei Säulen beruht: die auf der Selbstverwaltung beruhende Hoheitsgewalt ist originären Ursprungs; die mit dem Institut der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung verbundene Hoheitsgewalt der Gemeinden ist vom Staate abgeleitet. Doch üben die Gemeinden auf ihrem Gebiete eine einheitliche gemeindliche Hoheitsgewalt aus. Die einzelnen gemeindlichen Hoheits-

20) OVG Münster a.a.O (Vgl. oben Fußn. 16).

21) LOSCHELDER S. 16.

22) Vgl. GÖRG a.a.O.; WOLFF Bd. II § 86 IX (S. 162).

rechte, seien sie originären Ursprungs oder vom Staate abgeleitet, sind demnach die Gesamtheit dieser umfassenden Hoheitsgewalt der Gemeinde. Für die zu suchende Definition der gemeindlichen Hoheitsrechte läßt sich demnach bereits folgendes feststellen:

Die gemeindlichen Hoheitsrechte sind der Inbegriff einer einheitlichen Hoheitsgewalt der Gemeinden, die sowohl die Selbstverwaltung als auch die vom Staate abgeleitete gemeindliche Fremdverwaltung, soweit diese sich auf den Bereich der Pflichtenaufgaben zur Erfüllung nach Weisung erstreckt, umfaßt.

II. Die gemeindlichen Hoheitsrechte als Erscheinungsformen der Hoheitsgewalt der Gemeinden

Eine Einteilung der einheitlichen gemeindlichen Hoheitsgewalt in Gruppen einzelner Hoheitsrechte läßt sich nach verschiedenen Gesichtspunkten durchführen.

1. Geht man vom **W e s e n** der gemeindlichen Hoheitsgewalt aus, so lassen sich die Hoheitsrechte als deren Wesensmerkmale beschreiben.

a) Soweit die Hoheitsgewalt der Gemeinde auf der ihr erwachsenen, originären Selbstverwaltung beruht, zeigt diese sich im wesentlichen in folgenden Hoheitsrechten ²³⁾:

a 1) in der Universalität und Totalität des gemeindlichen Wirkungsbereichs ²⁴⁾,

23) Vgl. die Einteilung bei PAGENKOPF S. 81 ff.

24) Die Universalität der Gemeinden besteht in der allumfassenden Zuständigkeit für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (Allzuständigkeit). Mit dem Universalitätsprinzip steht der Totalitätsgrundsatz in enger Verbindung, auf Grund dessen die Gemeinden ohne Störung ihres Zuständigkeitsbereiches durch andere Hoheitsträger die ihnen zustehenden Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft selbständig verwalten und erfüllen können; PAGENKOPF S. 81 f.; WOLFF Bd. II § 72 II c) 4. (S. 14), § 86 VII a) (S. 152).

- a 2) in dem im Recht der Selbstverwaltung enthaltenen Prinzip der Eigenverantwortlichkeit ²⁵⁾;
das Hoheitsrecht der Eigenverantwortlichkeit läßt sich seinem Inhalte nach in weitere gemeindliche Hoheitsrechte untergliedern ²⁶⁾;
aa) in die Personalhoheit ²⁷⁾,
bb) in die Organhoheit ²⁸⁾,
cc) in die Organisationshoheit ²⁹⁾,

-
- 25) Nach dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit steht den Gemeinden die selbständige Willensbildung in Fragen der Zweckmäßigkeit und des Ermessens bei den Aufgaben der Selbstverwaltung zu; bei den pflichtmäßigen Selbstverwaltungsaufgaben ist die Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden allerdings auf die Frage des "Wie" bei der Durchführung beschränkt, da sich der Staat die Entscheidung über das "Ob" der Inangriffnahme dieser Aufgaben vorbehält. Die Eigenverantwortlichkeit ist den Gemeinden ebenfalls durch Art. 28 GG institutionell garantiert; PAGENKOPF S. 83 f; WOLFF Bd. II § 86 VII c) (S. 154).
- 26) Vgl. den Katalog der zur gemeindlichen Eigenverantwortlichkeit gehörenden Hoheitsrechte bei WOLFF Bd. II § 86 VII c) (S. 154 f.). Weitere Unterteilungen lassen sich bei der Vielzahl gemeindlicher Aufgaben auf jedem Gebiet der Gemeindehoheit vornehmen.
- 27) Auf Grund ihrer Personalhoheit besitzen die Gemeinden Dienstherrenfähigkeit: sie haben danach das Recht, die für die Gemeindeverwaltung erforderlichen Dienstkräfte nach eigenem Willensentschluß auszuwählen, anzustellen, zu befördern und zu entlassen; vgl. im einzelnen: BVerfG in st.Rspr.: Urt. v. 20.3.1952 BVerfGE Bd. 1 S. 167 ff. (175), Urt.v.26.11.1963 BVerfGE Bd. 17 S. 172 (182); BVerwG. Urt.v. 18.11.1955 BVerwGE Bd. 2 S. 329 (333); VerfGH NW, Urt.v.21.8.1954 OVGE Bd. 9 S. 74 (82), Urt.v. 4.2.1956 OVGE Bd. 10 S. 282 (286); ANDREWS S. 8, 15, passim; DRESSLER S. 58, passim; GELLER-KLEINRAHM-FLECK Art. 78 Anm. 5 d) mit weit. ausf.Hinw.; GÖNNENWEIN S. 122 ff.; MAUNZ-DÜRIG Art. 28 Anm.III 8; WOLFF Bd. II 86 VII c) (S. 155).
- 28) Die Organhoheit sichert den Gemeinden das unmittelbare oder auch mittelbare Eigenwahlrecht ihrer Organe zu; OVGE Münster, Urteil v. 193.1952, DVBl 1953 S. 208 (212 f.); GELLER-KLEINRAHM-FLECK Art. 78 Anm. 5 c; WOLFF Bd. II a.a.O. mit Hinw. auf die Landesverfassungen.
- 29) Die Organisationshoheit ist das Hoheitsrecht der Gemeinden, eigene Organe zu schaffen, deren innere Struktur festzulegen sowie die hierzu benötigten sachlichen Mittel bereitzustellen; die Gemeinden können dieses Recht allerdings nur in dem durch die Organisationsnormen des Gemeindeverfassungsrechts oder sonstiger Organisationsgesetze vorgezeichneten Rahmen ausüben; DRESSLER S. 57. GELLER-KLEINRAHM-FLECK Art. 78 Anm. 5 e).

- dd) in die Planungshoheit ³⁰⁾,
 - ee) in das Recht auf eigene wirtschaftliche Betätigung ³¹⁾;
 - a 3) in dem Recht der Selbstgesetzgebung (Autonomie oder Satzungsgewalt) ³²⁾,
 - a 4) in der Steuer- und Finanzhoheit ³³⁾,
 - a 5) in dem Recht des Verwaltungszwanges zur Durchsetzung des Anschluß- und Benutzungszwanges ³⁴⁾.
-

- 30) Die Planungshoheit ist den Gemeinden nach § 2 Bundesbaugesetz vom 23.7.1960 (BGBl. III S. 213) in eigene Verantwortung gestellt.
- 31) Das Recht auf eigene wirtschaftliche Betätigung umfaßt das Recht zur Errichtung und Unterhaltung von gemeindlichen Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetrieben; BayVerfGH, Urteil v. 23.12.1954, VerfGHE Bd. 10.S. 113; GÖNNENWEIN S. 54 ff.; KÖTTGEN, Betätigung S. 588 ff.; WOLFF Bd. II a.a.O.
- 32) § 4 bw GemO; Art. 23 bay GemO; § 5 he GemO; § 6 nds GemO; § 4 nw GemO; § 24 rhpf GemO; § 11 saarl GemO; § 4 schl GemO; vgl. auch: BVerwG, Urt.v. 7.3.1958 BVerwGE Bd. 6 S. 247 (252); DAVID passim; GÖNNENWEIN S. 143 ff.; KÖTTGEN, DVBl 1955 S. 445 ff.; LOSCHELDER S. 9.; MAUNZ-DÜRIG Art. 28 Anm. III 11.; PAGENKOPF S. 85 ff.
- 33) Von den Gemeindeordnungen ausdrückl. Art. 22 Abs. 2 bay GemO; GELLER-KLEINRAHM-FLECK Art. 78 Anm. 5 f); PAGENKOPF S. 88 f., 90; WOLFF Bd. II § 86 VII d) (S. 155 f.); zur Finanzhoheit insbes.: BVerwG, Urt. v. 12.6.1959 in GIESE-SCHUNCK-WINKLER Art. 28 Abs. 2 Nr. 12; VerfGH NW, Urt. v. 7.7.1956 OVGE Bd. 11 S. 149 ff.; LOSCHELDER S. 9; MAUNZ-DÜRIG Art. 28 Rdn. 32. GÖNNENWEIN behandelt die Steuerhoheit (S. 113) als Unterart der Finanzhoheit (S.111 ff.); ebenso WOLFF Bd. II § 86 VII a) (S. 155 f).
- 34) § 11 bw GemO, § 19 he GemO, § 19 nw GemO, § 19 saarl GemO und § 17 schl GemO führen dieses Selbstverwaltungsrecht besonders auf; in Art. 24 Abs. 1 Nr. 2 bay GemO, § 8 Abs. 2 nds GemO und § 27 rhpf GemO ist dieses Recht als Unterart der gemeindlichen Satzungsgewalt festgelegt.

b) Soweit die gemeindliche Hoheitsgewalt auf Fremdverwaltung beruht, ergeben sich die Hoheitsrechte der Gemeinden aus dem Wesen der jeweiligen, die Pflichtaufgaben übertragenden Gesetze. Stets erhalten die Gemeinden mit der gesetzlichen Zuweisung das Recht der Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung.

Grundsätzlich üben die Gemeinden auch auf diesem Aufgabenbereich Personal-, Organisations- und Organhoheit aus, da sie die ihnen vom Staate zugewiesenen Pflichtaufgaben durch ihre gemeindliche Verwaltungsorganisation und mit ihren Dienstkräften in Eigenverantwortung ausführen ³⁵⁾.

Bei Erfüllung der Weisungsaufgaben steht den Gemeinden Satzungs-gewalt zu, falls die zuweisenden Gesetze keine entgegenstehenden Bestimmungen enthalten. Während die Rechtssetzung bei Durchführung staatlicher Auftragsangelegenheiten nur im Wege der jeweils einer gesetzlichen Ermächtigung bedürfenden Verordnungsrechts erfolgen kann, sind die auf dem Gebiet der Weisungsaufgaben er-gehenden Rechtssetzungsakte ihrer Rechtsnatur nach Gemeinde-satzungen; die Gemeinden setzen bei den in ihre Eigenverantwort-lichkeit überstellten Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung eigenes Recht ³⁶⁾.

Mit der gesetzlichen Zuweisung dieser Weisungsaufgaben erhalten die Gemeinden vom Staate schließlich auch das Recht des Ver-waltungszwanges, sofern dieses Hoheitsrecht nicht bereits -wie in Nordrhein-Westfalen durch das Verwaltungsvollstreckungsge-setz ³⁷⁾-den Gemeinden zusteht.

2. Da die gemeindliche Hoheitsgewalt begriffsnotwendig das Recht zur Erfüllung oder Durchführung eigener oder übertragener ört-licher Angelegenheiten umfaßt, läßt sich eine Einteilung der Hoheitsrechte auch nach dem jeweiligen konkreten Aufgabenbereich vornehmen. Unter diesem Blickwinkel ist unter einem gemeindlichen Hoheitsrecht das Recht der Gemeinden zu verstehen, jede ihnen im eigenen Wirkungsbereich erwachsene oder vom Staat in Eigenver-antwortung überstellte Aufgabe wahrzunehmen und zu erfüllen.

35) So auch WOLFF Bd. II § 86 IX a) (S. 162).

36) Vgl. DAVID S. 10 ff (15).

37) nw VwVG v. 23.7.1957 (nw GVBl S. 216) i.d.F.v. 22.5.1962 (nw GVBl.S. 263).

3. Ergebnis zu II

Der Versuch, die Hoheitsrechte als Bestandteile einer einheitlichen gemeindlichen Hoheitsgewalt in Gruppen einzuteilen, hat gezeigt, daß es sich hierbei um wesens- aber auch zweckmäßigkeitsbedingte Einteilungen handelt, die sich nach der Wesensstruktur und dem jeweiligen Aufgabenbereich der Gemeinde ausrichten. Diese Einteilung läßt sich beliebig erweitern oder ändern; teilweise sind die Hoheitsrechte nach den oben getroffenen Einteilungen miteinander identisch oder stehen einander gleich; teilweise stehen die gemeindlichen Hoheitsrechte zueinander in einem Ober- und Unterordnungsverhältnis; zum Teil überschneiden sie sich ³⁸⁾ ³⁹⁾.

38) So sind beispielsweise Steuerordnungen Ausfluß sowohl der gemeindlichen Steuerhoheit wie auch der gemeindlichen Autonomie.

39) Ebenso bei der Unterteilung der staatlichen Hoheitsgewalt: KLEIN, KARL-HEINZ, S. 19 f.

III. Die gemeindlichen Hoheitsrechte und die Gebietshoheit der Gemeinde

Die Gebietshoheit der Gemeinde läßt sich nicht als weiteres einzelnes Hoheitsrecht, das zu der bisher vorgenommenen Unterteilung der gemeindlichen Hoheitsrechte hinzuzuzählen wäre, auffassen ⁴⁰). Vielmehr stellt die Gebietshoheit der Gemeinde als Inbegriff aller gemeindlichen oder vom Staate abgeleiteter Hoheitsrechte die maßgebliche Ausdrucksform der einheitlichen Hoheitsgewalt der Gemeinde dar, kraft deren alle Personen und Gegenstände, die sich auf dem Gemeindegebiet aufhalten oder befinden, von der gemeindlichen Herrschaftsgewalt erfaßt werden ⁴¹). So verstanden sind der gemeindlichen Hoheitsgewalt zugleich Zuständigkeitsbefugnisse inhärent, denen allerfassende Wirkung eigen ist ⁴²). Die Gebietshoheit der Gemeinde ist somit die auf dem Gemeindegebiet ausgeübte, allerfassende gemeindliche Hoheitsgewalt.

40) Ebenso bei der staatlichen Gebietshoheit: KLEIN, KARL-HEINZ, S. 24 ff.; KÜCHENHOFF S. 24.; VON MANGOLDT-KLEIN Art. 24 Anm. III 3).

41) Vgl. PAGENKOPF S. 72; WOLFF Bd. II § 86 I b) (S. 146), IV c) (S. 148).

42) Die "all-er-fassende" Zuständigkeit als Gesamtheit der auf einem Gebiet ausgeübten Hoheitsrechte ist nicht mit der "all-um-fassenden" Zuständigkeit, die zu den Hoheitsrechten zählt (siehe oben S. 15), zu verwechseln. In der Lehre ist der Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen vielfach nicht gesehen worden, was zu einer verschiedenartigen Begriffsbestimmung der "Gebietskörperschaft" geführt hat (ausführlich HOPPE S. 18 ff.). Nach der zutreffenden Definition HOPPEs (S. 24) kann man als Gebietskörperschaft diejenige öffentlich-rechtliche Körperschaft bezeichnen, "deren Mitgliedschaft sich nach Sitz bzw. Wohnsitz im Gebiet der Körperschaft ausrichtet und die mit Gebietshoheit (allerfassender Zuständigkeit) ausgestattet ist" (ebenso WOLFF Bd. II § 72 b 1) (S. 17), abweichend in gl. Aufl. § 84 IV c) 1. (S. 133). Die "all-um-fassende Zuständigkeit" ist kein essentielles Begriffsmerkmal aller, sondern nur ein "Akzidenz" vieler Gebietskörperschaften wie der Gemeinden (WOLFF a.a.O. S. 133, vgl. a. ELLERINGMANN S. 127).

IV. Die gemeindlichen Hoheitsrechte und die auf rechts-
staatlich-demokratischer Grundlage beruhenden Wesens-
merkmale der Gemeinde

1. Der Zweck der gemeindlichen Hoheitsgewalt

Die Gemeinden bestehen nicht zu ihrem Selbstzweck, Sie können andererseits nicht willkürlich über den Bereich ihrer Rechte und Pflichten hinaus tätig werden. Es muß demnach neben der äußeren räumlichen Grenze eine innere Begrenzung geben, innerhalb der die Gemeinden ihre Hoheitsgewalt ausüben können. Diese Grenze stellt der G e m e i n s c h a f t s z w e c k dar. Ähnlich wie der Staatszweck in die Grundordnung des Grundgesetzes und in die Landesverfassungen aufgenommen worden ist und somit zum Staatsbegriff gehört ⁴³⁾, ist der Gemeinschaftszweck Bestandteil des Gemeindebegriffs. Der Gemeinschaftszweck ergibt sich aus den rechtsstaatlichen Prinzipien, auf denen das Grundgesetz ⁴⁴⁾ sowie die Verfassungen ⁴⁵⁾ und Gemeindeordnungen ⁴⁶⁾ der einzelnen Bundesländer fußen. Mit besonderer Deutlichkeit kommt der Gemeinschaftszweck in § 1 Abs. 1 nds GemO zum Ausdruck: "Die Gemeinde ist die Grundlage des demokratischen Staates. Sie verwaltet in eigener Verantwortung ihre Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze mit dem Ziel, das Wohl ihrer Einwohner zu fördern."

2. Das Erfordernis der Gleichheit der rechtsstaatlich-demokratischen Grundstruktur verschiedener Hoheitsträger bei der "Übertragung" von Hoheitsrechten

In den Grundrechtsbestimmungen der Art. 1 bis 20 ist das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit und Demokratie fest verankert. Art. 79 Abs. 3 GG verbietet ausdrücklich eine Änderung der in den vorgenannten Artikeln niedergelegten Verfassungsgrundsätze.

⁴³⁾ Vgl. KLEIN, KARL-HEINZ, S. 20.

⁴⁴⁾ Vgl. Art. 20 und 28 GG.

⁴⁵⁾ Vgl. oben S. 7 mit Fußn. 12

⁴⁶⁾ § 1 Abs. 1 u. 2 bw GemO; Art. 1 bay GemO; § 1 Abs. 1 he GemO; ; § 1 Abs. 1 nds GemO; § 1 Abs. 1 nw GemO; § 2 Abs. 1 S. 2 rhpf GemO; § 5 Abs. 1 saarl GemO; § 1 Abs. 1 S. 2 schlh GemO.

Hieraus folgt für die nach Art. 24 GG im zwischenstaatlichen Bereich mögliche "Übertragung"⁴⁷⁾ von Hoheitsrechten, daß diese nur an einen Hoheitsträger mit gleicher rechtsstaatlich-demokratischer Grundkonzeption erfolgen kann; denn die "Übertragung" an ein anderes Hoheitssubjekt, das nicht den Bestand und inneren Gehalt der Grundrechte in dem gleichen Umfange wie der bisherige Hoheitsträger zu garantieren vermag, liefe letztlich auf eine Verweigerung dieser Grundrechte gegenüber den Staatsbürgern hinaus⁴⁸⁾.

Die gleichen Schranken wie für "Übertragungen" von Hoheitsrechten im zwischenstaatlichen Raum gelten auch für solche im kommunalen Bereich. Da die Gemeinden die Grundlage des rechtsstaatlich-demokratischen Staatsaufbaues sind und dem Gemeinschaftszweck zu dienen haben, sind sie ihren Einwohnern im gleichen Maße wie der Staat (Bund und Länder) zur Gewährleistung der Grundrechte und zur Wahrung der rechtsstaatlichen Grundsätze verpflichtet. Auch die Gemeinden können demnach ihre eigenen oder abgeleiteten Hoheitsrechte grundsätzlich nur auf einen anderen Hoheitsträger mit gleicher rechtsstaatlich-demokratischer Grundstruktur "übertragen".

Es stellt sich jedoch die Frage, ob ebenso wie bei Hoheitsrechts-"Übertragungen" im zwischenstaatlichen Bereich auch bei "Übertragungen" von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Gemeinden und Gemeindeverbände das Prinzip der Gewaltengliederung beachtet werden muß.

47) Der Ausdruck "Übertragung" ist hier und im folgenden im Anschluß an die vom Grundgesetzgeber in Art. 24 Abs. 1 angewandte Terminologie gewählt worden. Auf die Bedenken, die hinsichtlich der begrifflichen Klarheit und der dogmatischen Richtigkeit dieses Ausdrucks bestehen, wird im zweiten Abschnitt ausführlich einzugehen sein.

48) KLEIN, KARL-HEINZ, S. 22 f., 65; THIEME, WERNER, VVDStRL Bd. 18 S. 50 ff. (58); KRAUS (S. 545 ff.) fordert eine "strukturelle Kongruenz" der Hoheitsträger; ebenso KRUSE S. 113; vgl. auch: Finanzgericht Neustadt a.d.W., Vorlagebeschuß v. 14.11.1963, DÖV 1964 S. 306 ff. mit Anm. von KLEIN, KARL-HEINZ, DÖV 1964 S. 308 ff. (310). Über diese grundsätzliche Feststellung hinaus ergeben sich aus dem Vorlagebeschuß des Finanzgerichts Neustadt keine Gesichtspunkte, die für die Besonderheiten einer gemeindlichen Delegation von Bedeutung sein könnten.

Geht man wie VON HOFFMANN ⁴⁹⁾ und VON MANGOLDT-KLEIN ⁵⁰⁾ von der Auffassung aus, daß sich das gemeindliche Verfassungssystem ebenfalls wie das des Staates an dem "Grundsatz der Verteilung der Gewalten" auszurichten habe, so müssen auch die "Empfänger" gemeindlicher Hoheitsgewalt eine gewaltengliedernde Verfassungsstruktur haben.

Folgt man dem vom überwiegenden Teil der Lehre ⁵¹⁾ sowie von der Rechtssprechung des OVG Münster ⁵²⁾ vertretenen Standpunkt, daß der Grundsatz der Gewaltenteilung nicht für das kommunale Verfassungsrecht gelte, so genügt für die Verfassungsstruktur der an gemeindlichen Hoheitsrechts-"Übertragungen" beteiligten Hoheitsträger, daß diese über ein der Gemeindevertretung entsprechendes Rechtsetzungs- und Verwaltungsfunktionen in sich vereinigendes Verfassungsorgan verfügen.

Der letzten Ansicht ist der Vorzug zu geben. Gemeinden sind nicht - wie VON HOFFMANN meint - "dem Staat völlig homogene Gebilde", für die demnach der Grundsatz der Gewaltenteilung Kraft haben müsse ⁵³⁾. Gegen diese Ansicht wirft JANSEN ⁵⁴⁾ zu Recht ein, daß bei konsequenter Befolgung der VON HOFFMANNschen Meinung die Gemeinden nicht Gebietskörperschaften, sondern selbst Staaten sein müßten. Die von VON MANGOLDT-KLEIN ⁵⁵⁾ vorgebrachte Begründung, das Element "demokratisch" in Art. 28 GG erfordere das Gewaltenteilungsprinzip auch im gemeindlichen Hoheitsbereich, ist ebenfalls nicht überzeugend. Aus Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG ergibt sich lediglich das Grunderfordernis, daß Länder, Kreise und Gemeinden über eine Vertretung verfügen müssen, "die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist".

49) VON HOFFMANN, DÖV 1954 S. 327.

50) VON MANGOLDT-KLEIN Art. 28 Anm. III 2 c).

51) GÖNNENWEIN S. 31o f.; JANSEN, DÖV 1954 S. 329; WOLFF Bd. II § 87 II e) 1 (S. 168).

52) OVG Münster in st.Rspr.: Urt. v. 25.8.1954 OVGE Bd. 9 S. 84 ff. (89), Urt. v. 20.3.1957 OVGE Bd. 12 S. 177 (187).

53) VON HOFFMANN a.a.O.

54) JANSEN a.a.O.

55) VON MANGOLDT-KLEIN a.a.O.

JANSEN ⁵⁶⁾ weist zutreffend darauf hin, daß der Forderung der Freiheit des Bürgers vor obrigkeitlicher Willkür, die dem Prinzip der Gewaltenteilung zu Grunde liegt, im gemeindlichen Bereich durch den Grundsatz der staatlich kontrollierten Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in zufriedenstellendem Maße entsprochen wird. Das selbst im staatlichen Bereich nicht konsequent einzuhaltende Prinzip der Gewaltentrennung ⁵⁷⁾ läßt sich schließlich auch nicht in Anbetracht der unterschiedlichen Funktionen, die Staat und Gemeinde ausüben, auf die gemeindliche Verfassungsstruktur übertragen. Die gemeindlichen Legislativbefugnisse sind, gemessen an der Gesamttätigkeit der Gemeinden, von nur geringem Umfange, so daß die Schaffung eines eigenen gemeindlichen Legislativorgans "absurd" ⁵⁸⁾ wäre. Das Verfassungssystem der Gemeinden und somit auch das der an gemeindlichen Hoheitsrechts-"Übertragungen" beteiligten Hoheitsträger braucht demnach nicht nach dem Gewaltenteilungsgrundsatz gegliedert zu sein, sondern es entspricht dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip, daß die Vertretungsorgane der an "Übertragungen" gemeindlicher Hoheitsrechte beteiligten öffentlich-rechtlichen Körperschaften zugleich Rechtsetzungs- und Verwaltungsbefugnisse haben ⁵⁹⁾.

56) JANSEN a.a.O..

57) Vgl. MENDER, VVDStRL 15 S.24 ff.; ferner oben S. 6.

58) JANSEN a.a.O..

59) Eine Ausnahme besteht lediglich bei der Ausübung staatlicher Gerichtsbarkeit durch Gemeinden, wie z.B. bei der früheren Friedensgerichtsbarkeit in Württemberg-Baden: hier muß das Gewaltenteilungsprinzip gewahrt bleiben; vgl. BVerfG, Beschl. v.17.11.1959 BVerfGE Bd. 10. S. 200 ff. (216). Das BVerfG hat in dem gen.Beschl. das württ.-bad. Gesetz über die Friedensgerichtsbarkeit (GFG) v. 24.3.1949 (wb RegBl.S. 47) für verfassungswidrig erklärt, weil es die Möglichkeit vorsah, daß die Friedensgerichte mit Bürgern besetzt waren, die zugleich in der Gemeindeverwaltung tätig waren und somit die Rechtmäßigkeit der von ihnen selbst erlassenen Anordnungen nachprüfen konnten.

Die in Art. 28 Abs. 1 S. 2 enthaltene Grundvoraussetzung, daß das Volk eine aus unmittelbaren Wahlen hervorgegangene Vertretung haben müsse, erstreckt sich nach dem ausdrücklichen Wortlaut dieser Grundrechtsnorm auf Länder, Landkreise und Gemeinden. Es steht demnach nicht in Widerspruch zu dem Rechtsstaatsgedanken, wenn die sonstigen an einer gemeindlichen Hoheitsrechts-"Übertragung" beteiligten Selbstverwaltungskörperschaften Vertretungsorgane haben, die lediglich aus mittelbaren Wahlen hervorgegangen sind.

Die darüber hinaus für diese Untersuchung bedeutsame Frage, ob die an einer gemeindlichen Hoheitsrechts-"Übertragung" beteiligten Körperschaften neben dem Vertretungsorgan stets auch ein dem Organ des Gemeindevorstehers entsprechendes weiteres Verfassungsorgan aufzuweisen haben, läßt sich aus den bereits aufgeführten Gründen beantworten: das im Grundgesetz verankerte Prinzip der rechtsstaatlich-demokratischen Grundordnung erfordert nicht, daß die Gemeinden und damit auch die an einer gemeindlichen Hoheitsrechts-"Übertragung" beteiligten Selbstverwaltungskörperschaften über eine dualistische Verfassungsstruktur, die zwischen Willensbildungs- und Willensausführungsorgan unterscheidet, verfügen müssen ⁶⁰⁾.

Freilich wird sich das monistische Verfassungssystem - wie GÖNNENWEIN zu Recht ausführt ⁶¹⁾ - in der Verwaltungspraxis kaum noch ohne tatsächliche Schwierigkeiten verwirklichen lassen, da die Gemeindevertretungen, abgesehen von denjenigen der Kleingemeinden, eigene Beschlüsse nicht mehr ohne ein verselbständigtes ständiges Ausführungsorgan realisieren können.

60) Ebenso GÖNNENWEIN a.a.O.: abweichend WOLFF Bd. II § 86 I a) 5 (S. 145); kritisch ELLERINGMANN, Grundlagen S. 118 f.

61) GÖNNENWEIN a.a.O.

Aus dieser Einsicht heraus ist selbst in der auf monistischer Verfassungsgrundlage beruhenden nw GemO neben dem erst - und somit allzuständigen Rat (§ 28) das an die Beschlüsse des Rates gebundene und somit nur mittelbare Organ des Gemeindedirektors vorgesehen (§§ 28 Abs. 3, 47, 55 S. 2) ⁶²⁾, dem jedoch auch ausschließlich eigene Kompetenzen zugewiesen sind ⁶³⁾.

Schließlich ist es aus den dargelegten Gründen mit den verfassungsmäßigen Strukturprinzipien der rechtsstaatlich-demokratischen Grundordnung vereinbar, wenn die an gemeindlichen Hoheitsrechts-"Übertragungen" beteiligten Hoheitsträger, deren Gemeinden mit trialistischer Verfassungsstruktur ⁶⁴⁾ Hoheitsrechte "übertragen", dualistische oder auch nur monistische Verfassungszüge aufweisen. Grundsätzlich muß aber auch hier das erstzuständige Organ dieser Hoheitsrechtsträger ein bei Gemeinden und Landkreisen aus unmittelbaren, im übrigen zumindestens aus mittelbaren Wahlen hervorgegangenes Vertretungsorgan sein; ein selbst unter Wahrung demokratischer Grundregeln unmittelbar gewähltes monokratisches Vorsteher- oder kollegiales Vorstandsorgan kann somit niemals an Stelle des Vertretungsorgans die Hauptfunktionen der an Stelle der Gemeinden tätigen Hoheitsträger allein wahrnehmen ⁶⁵⁾.

-
- 62) Zur Organeigenschaft des nw Gemeindedirektors und zum Organbegriff vgl. das Urteil des VerfGH NW vom 21.8.1954 -VGh 3/53- (nw GVBl S. 303 = GS NW S. 11), mit vollst. Begründung abgedruckt bei KOTTENBERG-STEFFENS, Rechtsprechung zum kommunalen Verfassungsrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, Siegburg seit 1956, GO §60 Nr. 1; vgl. dort S. 6: "Zwar ist nach der gesetzlichen Regelung das hauptsächliche Organ der Gemeinde eindeutig der Rat. Aber neben ihm hat auch der Gemeindedirektor echte gesetzliche Organfunktion."
- 63) Vgl. §§ 39 Abs. 2 u. 3, 46 Abs. 1, 47 Abs. 1 S.1, Abs. 2, 48, 53, 108 Abs. 1 nw GemO.
- 64) Neben den Organen der Gemeindevertretung und des Gemeindevertreters sehen die trialistischen Gemeindeverfassungen Hessens (bei Gemeinden mit mehr als 1500 Einwohnern) und Schleswig-Holsteins (bei Städten) den Magistrat als drittes mit Erstzuständigkeit versehenes Gemeindeorgan vor (vgl. §§ 49 ff., 65 ff. 70 he GemO; §§ 24 ff., 60 ff., 70 schlh GemO); in Niedersachsen tritt als drittes Gemeindeorgan der Verwaltungsausschuß hinzu (§§ 31 ff., 56 ff., 61 ff nds GemO).
- 65) Ebenso GÖNNENWEIN a.a.O.

V. Die Grenzen gemeindlicher Hoheitsgewalt

1. im Bereich der Selbstverwaltung

Die Gemeinden haben, wie bereits aufgezeigt ⁶⁶⁾, als Grundlagen des rechtsstaatlich-demokratischen Staatsaufbaues dem Gemeinschaftszweck zu dienen. Dieser Gemeinschaftszweck ist Wesensbestandteil des Gemeindebegriffs. Im Interesse des Gemeinschaftszwecks ist es den Gemeinden grundsätzlich versagt, sich selbst aufzulösen. Das Verbot der Selbstauflösung der Gemeinden ist in den gesetzlichen Bestimmungen sämtlicher Gemeindeordnungen enthalten ⁶⁷⁾.

Der verbotenen Selbstauflösung von Gemeinden kommen Fälle gleich, in denen Gemeinden ihre gesamte Hoheitsgewalt auf andere Hoheitsträger "übertragen" oder in denen sie "Übertragungen" von Hoheitsrechten in einem solchen Ausmaß vornehmen, daß sie nur noch ein rechtliches Scheindasein führen, ohne noch handlungsfähig zu sein.

Aus diesen Erwägungen heraus ergibt sich zunächst eine quantitative Begrenzung bei der "Übertragung" von Hoheitsrechten; die Gemeinden dürfen grundsätzlich nicht ihre sämtlichen Hoheitsrechte zu Gunsten eines anderen Hoheitsträgers aufgeben; auch eine Häufung an sich im Einzelfall zulässiger Hoheitsrechts-"Übertragungen" darf nicht zur Aushöhlung der gemeindlichen Hoheitsgewalt führen. Der Umfang einer "Übertragung" von Hoheitsrechten hat sich in jedem Einzelfall nach dem Gemeinschaftszweck auszurichten. Niemals dürfen Gemeinden sich aus Selbstzweck, Bequemlichkeit oder gar aus Verantwortungslosigkeit heraus ihrer gesamten Hoheitsgewalt oder wesentlicher Komplexe derselben begeben. Darüber hinaus können sich auch Beschränkungen in materieller Hinsicht ergeben. Jedes einzelne Hoheitsrecht birgt einen absoluten, essentiellen Wesenskern in sich.

Soweit die gemeindliche Hoheitsgewalt auf der Selbstverwaltung beruht, unterliegt sie der institutionellen Garantie des Art. 28

66) Siehe oben S. 21.

67) Vgl. § 8 Abs. 2 bw GemO; Art. 11 Abs. 2 bay GemO; § 17 he GemO; § 18 nds GemO; § 14 ff nw GemO; § 8 Abs. 2 rhpf GemO; § 8 Abs. 2 saarl GemO; § 15 schlh GemO.

Abs. 2 GG sowie den in den einzelnen Landesverfassungen enthaltenen Garantien ⁶⁸⁾; danach ist die Selbstverwaltung der Gemeinden und die mit ihr zusammenhängende gemeindliche Hoheitsgewalt in ihrem Wesensgehalt unantastbar ⁶⁹⁾. Staatliche Eingriffe, die stets unter gesetzlichem Vorbehalt stehen (Art. 28 Abs. 2 GG), dürfen die gemeindliche Selbstverwaltung innerlich nicht aushöhlen ⁷⁰⁾.

Es fragt sich, ob die gleichen materiellen Beschränkungen, denen Gesetzgeber, Staat sowie sonstige Hoheitsträger bei Eingriffen in die institutionell garantierte gemeindliche Selbstverwaltung unterworfen sind, die Gemeinden selbst daran hindern, sich bestimmter essentieller Teile ihrer Hoheitsgewalt im Wege von "Übertragungen" zu entäußern. Die Beantwortung dieser Frage begegnet Schwierigkeiten, da sich der absolute, unantastbare Wesenskern der gemeindlichen Selbstverwaltung nicht durch eine generelle Begriffs- und Inhaltsbestimmung umschreiben, sondern nur im Einzelfall an Hand der konkreten Gegebenheiten feststellen läßt ⁷¹⁾

68) Siehe oben S. 7 mit Fußn. 12

69) BVerfG in st. Rspr.: Urt.v. 20.3.1952 BVerfGE Bd. 1 S. 167 (175). Urt.v. 26.11.1963 BVerfGE Bd. 17 S. 172 (182); BVerwG in st. Rspr.: Urt.v. 18.11.1955 BVerwGE Bd. 2 S. 329 (332), Urt.v. 22.11.1957 Bd. 6 S. 19 (mit ausf. Hinweisen auf die Rechtspr. der Verfassungsgerichte und obersten Verwaltungsgerichte der Länder auf S. 26), Urt.v. 9.7.1964 BVerwGE Bd. 19 S. 121 (123); BayVerwGH, Urt.v. 21.11.1949 E Bd. 2 II S. 143 ff.; BayVerfGH, Urt.v. 23.12.1957 E Bd. 10 S. 113 (121); VerfGH NW in stet. Rspr.; Urt.v. 21.8.1954 OVGE Bd. 9 S. 74 (83), Urt.v. 10.1.1959 OVGE Bd. 14 S. 372 f.; GÖNNENWEIN S. 27 ff. mit weit. ausf. Hinw.; HAMANN Art. 28 Anm. C5; VON MANGOLDT-KLEIN Art. 28 Anm. IV 1f) mit weit. ausf. Hinw.; MAUNZ-DÜRIG Art. 28 Rdn. 28; WOLFF Bd. II § 86 VIII (S. 160 ff.).

70) Die Formulierung "aushöhlen" ist erstmals im Urteil des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich v. 11.12.1929 (RGZ Bd. 126 Anh. S. 14 ff. (22) vorzufinden; es heißt dort wörtlich: "Die Landesgesetzgebung..... darf die Selbstverwaltung auch nicht derart einschränken, daß sie innerlich ausgehöhlt wird, die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung verliert und nur noch ein Scheindasein führen kann". Dieser zur Zeit der Geltung der WRV (vgl. Art. 127) geltende Grundgedanke ist von der modernen Rechtsprechung zu Art. 28 GG übernommen worden (vgl. Rspr. Anm. 66).

71) Vgl. BVerfG a.a.O. Bd. 1 S. 178; BayVerfGH, Urt.v. 23.12.1957 VerfGHE Bd. 10 S. 113 (121) = DÖV 1958 S. 216. HENRICHS, DVB1. 1954 S. 735; KÖTTGEN, Gemeinde S. 45; VON MANGOLDT-KLEIN Art. 28 Anm. IV 1f) (S. 709).

Auch die die Grenze zwischen den essentiellen Wesensgehalten und den "accidentalia" der Selbstverwaltung zeitlichen und verfassungsmäßigen Schwankungen unterworfen, so daß eine institutionelle "status-quo-Garantie" ⁷²⁾ ausgeschlossen ist. Ferner sind die verschiedenen Ausgangspositionen zu beachten, aus denen einerseits der Gesetzgeber etwa aus dringenden Gründen des öffentlichen Wohles die Selbstverwaltung örtlicher Hoheitsträger zu- meist gegen deren Willen zu regulieren oder einzuschränken versucht, und aus denen andererseits die Gemeinden etwa aus Zweckmäßigkeits- oder Sparsamkeitserwägungen heraus sowie aus Gründen, die ihren Ursprung im konkreten Problemkreis des zwischengemeindlichen Bereichs haben, aus eigenem Entschluß Hoheitsrechte in mehr oder weniger großem Umfange zu Gunsten anderer Hoheitsträger aufgeben wollen.

Trotz aller aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Feststellung des unantastbaren Wesensgehalts der gemeindlichen Hoheitsrechte ist davon auszugehen, daß der vor staatlichen Eingriffen geschützte Wesenskern der Selbstverwaltung zugleich grundsätzlich einer gemeindlichen Verfügungsbeschränkung im Hinblick auf Hoheitsrechts-"Übertragungen" unterliegt. Diese Beschränkung der gemeindlichen Verfügungsmöglichkeiten findet ihre Begründung zunächst in dem Grundgedanken, daß dem Selbstverwaltungs r e c h t in gleichem Maße eine Selbstverwaltungs p f l i c h t entspricht ⁷³⁾. Diese Pflicht der Gemeinden zur Selbstverwaltung kommt besonders in § 5 Abs. 1 saarl GemO zum Ausdruck, wenn es in dieser Bestimmung heißt: "Die Gemeinden sind berechtigt und in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet, zur Förderung des Wohles ihrer Einwohner alle örtlichen Aufgaben zu erfüllen, soweit diese nicht kraft Gesetzes anderen Stellen übertragen sind" ⁷⁴⁾.

72) KÖTTGEN, Gemeinde S. 49 Fußn. 8; WEBER S. 58.

73) Ebenso ELLERINGMANN, Amtsverband S. 28.

74) Eine fast wörtlich übereinstimmende Bestimmung enthält ferner § 2 Abs. 1 schllh GemO: "Die Gemeinden sind berechtigt und im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet, in ihrem Gebiet alle öffentlichen Aufgaben in eigener Verantwortung zu erfüllen".

Zum anderen ergibt sich die aufgezeigte Verfügungsbeschränkung der Gemeinde aus dem absoluten Charakter des essentiellen Wesensgehalts der Selbstverwaltung. Diese absolute Eigenschaft tritt vor allem bei denjenigen Hoheitsrechten deutlich hervor, die das "institutionelle Fundament" im Sinne KÖTTGENs ⁷⁵⁾ bilden oder die mit den von ELLERINGMANN ⁷⁶⁾ so bezeichneten "Existenzaufgaben" der Gemeinden in Zusammenhang stehen. Ohne Existenzaufgaben und -rechte kann die Gemeinde ebensowenig wie jede andere Selbstverwaltungskörperschaft Bestand haben. Zu diesen mit der Existenz der Gemeinde institutionell verhafteten Hoheitsrechten gehören die Personalhoheit ⁷⁷⁾, die Organ- und Organisationshoheit, die Finanz- und Steuerhoheit und die sich auf den in sämtlichen Gemeindeordnungen zwingend vorgeschriebenen Erlaß von Haupt- und Haushaltssatzungen sowie auf die für den gemeindlichen Bestand lebensnotwendigen Steuersatzungen beziehende Satzungsgewalt ⁷⁸⁾.

Nach Ansicht ELLERINGMANNs können diese Existenzaufgaben ausnahmslos weder "übertragen" noch "übernommen" werden ⁷⁹⁾. Dieser strengen Auffassung kann indessen nicht in vollem Umfange beigetreten werden. Gewiß trifft der Gesichtspunkt ELLERINGMANNs zu, daß Gemeinden ohne Existenzaufgaben nicht bestehen können. Dem grundsätzlichen "Übertragungs"-verbot für Hoheitsrechte, auf denen das institutionelle Fundament der Gemeinden beruht, liegt maßgeblich der Gedanke zu Grunde, daß die Gemeindeeinwohner vor einer durch Hoheitsrechts-"Übertragung" bedingten Minderung der gemeindlichen Verwaltungsleistungen oder gar einem Schwund jeglicher gemeindlicher Versorgungstätigkeit geschützt werden sollen.

75) KÖTTGEN, Gemeinde S. 49.

76) ELLERINGMANN, Grundlagen S. 31, Begriff und Wesen S. 40.

77) Einschränkend allerdings das BVerfG, Urt.v.20.3.1952, BVerfGE Bd. 1 S. 167 ff.: Die in §§ 11-18 GArt. 131 enthaltenen Beschränkungen der Personalhoheit der Gemeinden seien mit Art. 28 Abs. 2 GG vereinbar.

78) Vgl. DAVID S. 36 ff. (41).

79) ELLERINGMANN, Amtsverband S. 27.

Das *bonum commune* als Richtschnur jeder öffentlichen Verwaltungstätigkeit wird jedoch nicht gefährdet, sondern im Gegenteil sogar gefördert, wenn Gemeinden einzelne Existenzaufgaben auf einen anderen Hoheitsträger "übertragen", der in größerem Umfange und in besserer Weise, als es bisher die Gemeinden vermochten, das Wohl der Gemeindeglieder fördern kann. Die Übernahme von gemeindlichen Existenzaufgaben durch andere Hoheitsträger wird sich indessen stets - wie bei den Zweckaufgaben auch - in einem verfassungsmäßig vertretbaren und erforderlichen Rahmen zu erstrecken haben.

2. Die Grenzen gemeindlicher Hoheitsgewalt im Fremdverwaltungsbereich der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung

Soweit die gemeindliche Hoheitsgewalt auf Fremdverwaltung beruht, besteht für die Gemeinden hinsichtlich des Umfanges und des Inhaltes der Hoheitsrechts- "Übertragungen" nur dann eine Beschränkung, sofern die den Gemeinden Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung zuteilenden Gesetze eine "Übertragung" von Hoheitsrechten auf andere Hoheitsträger ausdrücklich untersagen.

VI. Definition der gemeindlichen Hoheitsrechte

Nach allem ergibt sich für die gemeindlichen Hoheitsrechte folgende Definition:

Die gemeindlichen Hoheitsrechte sind der Inbegriff einer einheitlichen Hoheitsgewalt der Gemeinden, die sowohl die Selbstverwaltung als auch die vom Staate abgeleitete gemeindliche Fremdverwaltung, soweit diese sich auf den Bereich der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung erstreckt, umfaßt; sie sind die sich aus dem Wesen der Selbstverwaltung und des Fremdverwaltungsbereichs der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung ergebenden, dem jeweiligen Gegenstand und dem konkreten Aufgabenbereich nach bezeichneten Befugnisse der Gemeinden, den von ihrer Gebietshoheit erfaßten Personen das zur Erzielung des Gemeinschaftszwecks notwendige Verhalten auf Grund der in den gemeindlichen Satzungen ergangenen Anordnungen zu befehlen und diese erforderlichenfalls im Verwaltungszwangsverfahren durchzusetzen.

§ 3 Die staatlichen, von den Gemeinden ausgeübten
Hoheitsrechte

Soweit die Gemeinden Auftragsangelegenheiten ¹⁾ wahrnehmen, üben sie - wie bereits aufgezeigt wurde ²⁾ - staatliche Hoheitsgewalt aus. Der Staat bedient sich bei diesen Aufgaben aus verwaltungstechnischen und zweckdienlichen Gründen der Gemeinden als seiner Organe ³⁾; die Gemeinden werden wie staatliche Unterbehörden tätig ⁴⁾. Da die Gemeinden dem Staat indessen die zur Wahrnehmung der Auftragsangelegenheiten erforderlichen Dienstkräfte, Einrichtungen und Mittel eigenverantwortlich zur Verfügung stellen, üben die Gemeinden insoweit gemeindliche und nicht etwa staatliche Organ-, Organisations- und Personalhoheit aus ⁵⁾.

Im übrigen sind die von den Gemeinden im Zusammenhang mit den staatlichen Auftragsangelegenheiten ausgeübten staatlichen Hoheitsrechte als Bestandteile einer einheitlichen Staatsgewalt anzusehen ⁶⁾.

-
- 1) Die Art der Auftragsangelegenheiten und der Umfang des bei ihnen bestehenden staatl. Aufsichtsrechts ist in den einzelnen Bundesländern verschieden:
in Bayern und Rheinland-Pfalz besteht noch der Typ der Auftragsangelegenheiten im überkommenen Sinne, bei denen die Gemeinden in unbeschränkt weisungsgebundener Abhängigkeit zum Staate stehen (Art. 11 Abs. 3 bay LVVerf, Art. 8 bay GemO; § 2 Abs. 2 rhpf GemO); in Niedersachsen besteht ebenfalls eine Auftragsverwaltung, allerdings mit der Modifikation, daß sich hier die staatlichen Weisungen auf generelle Anordnungen beschränken und sich nicht auf die Regelung von Einzelfällen beziehen sollen (§ 5 nds GemO). In Nordrhein-Westfalen besteht nach § 116 nw GemO eine Übergangsregelung, wonach bis zum Erlass neuer Vorschriften die Auftragsangelegenheiten nach den bisherigen Vorschriften durchzuführen sind.
- 2) Vgl. oben S. 8.
- 3) PAGENKOPF S. 3, 84 ff., 118 f.
- 4) WOLFF Bd. II § 86 IX a) (S. 162).
- 5) WOLFF a.a.O.
- 6) K.H. KLEIN S. 22 ff.; ihm folgend: KRUSE, Festschrift S. 118, MÜNCH, Festschrift S. 310; VON MANGOLDT-KLEIN Art. 24 Anm. III 3; anderslautende, dem Sinne nach jedoch von der K.H. KLEINschen Definition nicht abweichende Begriffsbestimmungen geben KRAUS (Wehrbeitrag II S. 836: "Hoheitsrechte sind Zuständigkeiten zur Ausübung hoheitlicher Funktionen") und SCHEUNER (Wehrbeitrag II S. 139: "Der Begriff Hoheitsrechte umfaßt alle Staatsfunktionen").

Auch für die staatlichen Hoheitsrechte gilt, daß sie nur an einen Gewaltenträger mit gleicher rechtsstaatlich-demokratischer Grundstruktur und nicht in ihrer Gesamtheit "übertragen" werden können ⁷⁾).

Eine Beschränkung besteht ferner, soweit die "Übertragung" von Auftragsangelegenheiten durch ausdrückliche Rechtsvorschrift oder nach der Natur der Sache ausgeschlossen ist ⁸⁾).

Die Gemeinden besitzen Gebietshoheit für den Teil der staatlichen Hoheitsrechte, der mit den Auftragsangelegenheiten in Zusammenhang steht ⁹⁾. Die Gebietshoheit der Gemeinden umfaßt demnach sowohl die Gesamtheit der gemeindlichen Hoheitsrechte, die auf der Selbstverwaltung beruhen oder sich aus dem gemeindlichen Fremdverwaltungsbereich der Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung ergeben, als auch den Teil staatlicher Hoheitsgewalt, der den Gemeinden zusammen mit den staatlichen Auftragsangelegenheiten gesetzlich zugewiesen worden ist.

Für die staatlichen, von den Gemeinden ausgeübten Hoheitsrechte kann die von K.H. KLEIN entwickelte Definition unbedenklich übernommen werden:

"Hoheitsrechte sind die dem jeweiligen Gegenstand nach bezeichneten (materiellen) Befugnisse des Staates, den in ihm zusammengeschlossenen Personen oder Personenverbänden das zur Erreichung des Gemeinschaftszweckes notwendige Verhalten zu befehlen und mit Zwang durchzusetzen." ¹⁰⁾

7) K.H.KLEIN S. 22 f.; ebenso: KLEIN, FRIEDRICH, Referat S. 84 mit Fußn. 21, 86; VON MANGOLDT-KLEIN a.a.O.; MAUNZ-DURIG Art. 24 Rdn. 20.

8) Vgl. auch die Begründung zu § 1 Abs. 2 des RegEntw der Landesregierung NW zum Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit (Drucksache Nr.23 v. 12.11.1958, Landtag NW, 4.Wahlperiode Bd.I S. 22).

9) Vgl. WOLFF Bd. II § 86 I c) (S. 146).

10) K.H. KLEIN S. 22, 65.

ZWEITER ABSCHNITT: DIE DELEGATION

§ 4 Terminologische Vorbemerkung

Das Thema der vorliegenden Untersuchung enthält den Begriff "Delegation". Es folgt damit der Terminologie HEINRICH TRIEPEL¹⁾ Der TRIEPELSchen Delegationslehre ist bisher die Rechtssprechung²⁾ sowie der überwiegende Teil der Lehre³⁾ gefolgt. Die Terminologie TRIEPEL hat sich indessen nicht völlig durchgesetzt. Terminologisch werden von einem Teil des Schrifttums die von TRIEPEL unter dem Begriff "Delegation" umfaßten Rechtsvorgänge auch als "Übertragung", "Ermächtigung" oder "Verlagerung" bezeichnet.

Den Begriff "Übertragung" verwendet vor allem KARL HEINZ KLEIN in seiner Monographie "Die Übertragung von Hoheitsrechten"⁴⁾.

K.H.KLEIN folgt hierbei der Terminologie des Grundgesetzes, das in Art. 24 Abs. 1 das "Übertragen" von Hoheitsrechten durch den Bund auf zwischenstaatliche Einrichtungen ermöglicht. In der Abhandlung K.H. KLEINS ist an keiner Stelle der Begriff "Delegation" erwähnt; doch ergibt sich bei der von KLEIN behandelten Frage, ob "Übertragen" i.S. des Art. 24 Abs. 1 GG eine Abtretung von Hoheitsrechten bedeutet, daß die Begriffe "Übertragung" und "Delegation" gemeinsame Wesensmerkmale aufweisen⁵⁾.

Auch FRIEDRICH KLEIN verwendet den Begriff "Übertragung" in seinem im Jahre 1951 auf einer vom Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten in Weinheim veranstalteten Arbeitstagung gehaltenen Referat "Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht"⁶⁾. F.KLEIN lehnt indessen den TRIEPELSchen Delegationsbegriff nicht ab, sondern hat bewußt den Begriff "Übertragung" gewählt, um bei der Arbeitstagung die Erörterung solcher Fälle nicht von vornherein auszuschließen, die nach der TRIEPELSchen

-
- 1) TRIEPEL, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht (1942).
 - 2) Vgl. die oben S. 1 Fußn.3 zitierten Entscheidungen des Hess.VGH.
 - 3) OBERMAYER, JZ 1956 S. 625 ff. (629); RASCH, DÖV 1957 S.337 ff. (338/339); ZUHORN-HOPPE S. 162 ff.
 - 4) Erschienen 1952.
 - 5) KLEIN, KARL-HEINZ, S. 27f., 29 ff. (32).
 - 6) KLEIN, FRIEDRICH, Referat S. 79 ff.

Terminologie nicht unter den Begriff der Delegation fallen ⁷⁾. PETERS gebraucht demgegenüber den Begriff "Ermächtigung". Er versteht unter Ermächtigung die "Übertragung von Befugnissen, kraft deren ein Staatsorgan im eigenen Namen Maßnahmen treffen darf, die im Regelfall nach der Zuständigkeitsordnung einem anderen Machttträger zuständen" ⁸⁾. Rechtsgrund dieser Ermächtigung ist nach der Terminologie von PETERS vielfach eine Delegation ⁹⁾. PETERS meint also mit dem Begriff "Ermächtigung" im wesentlichen den rechtlichen Vorgang, der in der TRIEPELschen Terminologie als "Delegation" bezeichnet wird, während TRIEPEL die "Ermächtigung" als Rechtgrundlage der "Delegation" in dem von ihm verstandenen Sinne ansieht.

Diese unterschiedliche Terminologie hat in der Tat vielfach dazu geführt, daß die Begriffe "Delegation" und "Ermächtigung" als gleichbedeutend verwandt wurden ¹⁰⁾.

Der Ausdruck "Verlagerung" schließlich ist eine Wortprägung SCHACKs. SCHACK verwendet diesen terminus aus den gleichen Motiven, die F. KLEIN zur Anwendung des Begriffs "Übertragung" bewogen hat: eine "Verlagerung" der Gesetzgebung könne "nicht nur durch Delegation stattfinden, sondern wie beim Notverordnungsrecht auch durch kompetenzmäßige Zuweisung der Verfassung" ¹¹⁾.

Die Bedenken SCHACKs und F.KLEINs fallen indessen bei der vorliegenden Untersuchung, die sich auf Delegationsvorgänge im kommunalen Bereich beschränkt, nicht ins Gewicht.

Soweit zwischengemeindliche Delegationen in Betracht kommen, beruht die in der Lehre unterschiedliche Verwendung der Begriffe "Delegation", "Übertragung", "Ermächtigung" und "Verlagerung" allein auf terminologischen Gründen.

Im Grunde umfassen diese Begriffe hier einen und denselben Rechtsgang. Im folgenden kann daher unbedenklich einer dieser vier

-
- 7) KLEIN, FRIEDRICH, Vorbericht S. 11; TRIEPEL (S.55) klammert aus seinem Delegationsbegriff z.B. alle durch die Staatsverfassung zugewiesenen Verordnungs Kompetenzen, vor allem auf dem Gebiet des Notverordnungsrechts, aus.
- 8) PETERS, Landesreferate S. 840
- 9) PETERS, Landesreferate S. 841
- 10) Vgl. KLEIN, FRIEDRICH, Vorbericht S. 9.
- 11) SCHACK, Festschrift S. 333.

Terminologien gefolgt werden. Für die folgende Untersuchung eignen sich am besten die TRIEPELSche Terminologie, da diese von allen vier vorgenannten Terminologien die klarste Abgrenzung zum Mandat bietet.

§ 5 Der Delegationsbegriff TRIEPELS

I. Die Delegation

Unter Delegation im Sinne des öffentlichen Rechts versteht TRIEPEL "den Rechtsakt, durch den der Inhaber einer staatlichen Zuständigkeit, also der Staat, die Gemeinde selbst oder eines der Staats- oder der Gemeindeorgane seine Kompetenz ganz oder zum Teil auf ein anderes Subjekt überträgt. Delegation bedeutet Kompetenzverschiebung, und zwar enthält sie, im strengen Sinne genommen, gleichzeitig Abschiebung und Zuschreibung einer Zuständigkeit, beides beruhend auf dem Willen dessen, der an Zuständigkeit verliert" ¹⁾.

Entscheidendes Kennzeichen der Delegation ist die Änderung der objektiven Rechtsordnung, nämlich der durch das objektive Recht festgesetzten Zuständigkeitsordnung. Die Delegation ist also selbst Rechtsetzung ²⁾. Daraus folgt, daß Delegant und Delegatar ein und derselben Rechtsordnung unterstehen müssen ³⁾. Aus dem Satz, daß Delegation ein Akt der Rechtsetzung sei, folgt ferner, daß formell-rechtlich ein Rechtsetzungsverfahren mit ordnungsmäßiger Verkündung ⁴⁾ und materiell-rechtlich, soweit die Zuständigkeit durch Gesetz begründet wurde, eine gesetzliche Ermächtigung ⁵⁾ erforderlich ist. Allerdings macht TRIEPEL hierbei eine wesentliche Einschränkung: seiner Ansicht nach ist es nicht ausgeschlossen, daß, sofern es im geschriebenen Recht sowohl an einem generellen Delegationsverbot wie an einer generellen Delegationserlaubnis fehlt, eine Norm des ungeschriebenen Rechts dem

1) TRIEPEL S. 23.

2) TRIEPEL S. 88.

3) TRIEPEL S. 92.

4) TRIEPEL S. 104 f.

5) TRIEPEL S. 106 ff. (110, 111).

Entlastungsinteresse des Kompetenzträgers unter gewissen Umständen Rechnung trägt und somit eine Delegation zuläßt ⁶⁾).

Eine totale, die gesamte Kompetenzen eines Zuständigkeitsinhabers umfassende Delegation innerhalb des staatlichen oder gemeindlichen Organismus kann auch nach Ansicht TRIEPELS nicht vorkommen, da sonst Staat oder Gemeinde ihrem Dasein ein Ende machten ⁷⁾. TRIEPEL unterscheidet zwischen echter und unechter Delegation:

1.) Die "echte" Delegation

Die "echte" Delegation, die TRIEPEL auch als "devolvierende" oder "translative" Delegation bezeichnet, ist dadurch gekennzeichnet, daß das Subjekt, das seine Zuständigkeit kraft eigenen Entschlusses aufgibt (Delegant), einen Kompetenzverlust erleidet, während das Subjekt, das die Zuständigkeit erhält (Delegatar), eine Erweiterung seiner Zuständigkeit erfährt ⁸⁾. Erfolgt die Delegation zugunsten eines Subjekts, das bisher noch keine Kompetenz besaß, so führt die Delegation zugleich zu der Begründung einer neuen Organschaft dieses Subjekts ⁹⁾. Der Kompetenzverlust des Deleganten und der Kompetenzgewinn des Delegatars brauchen nicht endgültig zu sein ¹⁰⁾. Die "echte" Delegation kann befristet und bedingt sein; sie ist mit der Möglichkeit eines Widerrufs vereinbar ¹¹⁾. Der Bestand einer "echten" Delegation wird schließlich nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Delegant gegenüber dem Delegatar ein Kontrollrecht ausübt ¹²⁾.

2.) Die "unechten" Delegationen

Unter dem Begriff der "unechten" Delegationen faßt TRIEPEL eine Reihe von Rechtsvorgängen zusammen, die keine Abschiebung und Zuschiebung einer Kompetenz im dargestellten Sinne zum Inhalt haben, die aber zum Teil dieselben Merkmale wie die "echte" Delegation aufweisen.

6) TRIEPEL S. 111.

7) TRIEPEL S. 93, 113; siehe auch oben S. 26.

8) TRIEPEL S. 23, 51 f.

9) TRIEPEL S. 23.

10) TRIEPEL S. 51.

11) TRIEPEL S. 52.

12) TRIEPEL S. 53.

a) Die "konservierende" Delegation

Bei der "k o n s e r v i e r e n d e n" oder "konkurrenzschaffenden" Delegation erfolgt die Übertragung einer Kompetenz derart, daß sich der Delegant vorbehält, die gleiche Kompetenz nach Belieben selbst weiter auszuüben.

Der Delegant verliert hier nicht etwa seine Zuständigkeit, sondern gibt nur die Ausschließlichkeit seiner Kompetenz auf ¹³⁾.

Es werden also bei der konservierenden Delegation zwei Inhaber derselben Zuständigkeit geschaffen. Zwischen beiden entscheidet die Prävention. Der Delegant läßt dem Delegatar den Vortritt und übt erst dann seine Zuständigkeit aus, wenn es ihm nötig erscheint. In diesem Fall hat allerdings dann die Kompetenz des Delegatars derjenigen des Deleganten zu weichen. Hauptfall der "konservierenden" Delegation ist nach TRIEPEL die Übertragung gesetzgebender Gewalt durch Einräumung von Rechtsverordnungsbeugnissen ¹⁴⁾.

b) Die "zuweisende" Delegation

Bei der gesetzlichen Zuweisung einer Kompetenz auf einen Zuständigkeitsträger (delegatio a iure) handelt es sich nach Ansicht TRIEPELS um keine "echte" Delegation, da es an der Übertragung einer Zuständigkeit von einem Rechtssubjekt auf ein anderes fehle ¹⁵⁾. Da die Zuständigkeit des neuen Zuständigkeits-trägers in diesen Fällen erst durch das Gesetz geschaffen wird, bezeichnet TRIEPEL diesen Vorgang als "zuweisende" oder "geschäftsverteilende" Delegation ¹⁶⁾.

Unter den Begriff der "zuweisenden" Delegation ordnet TRIEPEL ferner diejenigen Fälle ein, in denen ein Gesetz den Zuständigkeits- "Übergang" von einer Erklärung des Inhabers der übergehenden Zuständigkeit abhängen läßt, da diese Erklärung keine echte Delegation, sondern lediglich ein "Gestaltungsakt" sei, von dem das Gesetz den Kompetenzübergang abhängig mache ¹⁷⁾ ¹⁸⁾.

13) TRIEPEL S. 53f.

14) TRIEPEL S. 55 f.

15) TRIEPEL S. 54, 60.

16) TRIEPEL S. 61.

17) TRIEPEL S. 64 f.

18) Als weitere Unterart der unechten Delegation führt TRIEPEL die "fiktive oder hypothetische Delegation" an (S. 53, 65 f.), die jedoch für die vorliegende Untersuchung keine Rolle spielt.

II. Das Mandat

Der Delegation stellt TRIEPEL das Mandat gegenüber. Mandat bedeutet Ausübung einer fremden Kompetenz. Das Mandat ist ein Rechtsakt, durch den der Inhaber einer Zuständigkeit (der Mandant) einem anderen Subjekt (dem Mandatar) die Vollmacht erteilt, die Kompetenz des Mandanten in dessen Namen auszuüben. Der Mandatar ist somit echter Stellvertreter. Er erhält keine neue Kompetenz, sondern lediglich die Befugnis, nach außen im Namen des Mandanten aufzutreten. Die bestehende Zuständigkeit des Mandanten wird durch das Mandat nicht angetastet. Der Mandant kann den Auftrag und die Vollmacht des Mandatars nach Belieben widerrufen und ist jederzeit befugt, auch selbst zu handeln ¹⁹⁾. Teilweise spricht TRIEPEL in diesem Zusammenhang auch von der "Delegation zur Ausübung" ²⁰⁾. Jedoch gelangt TRIEPEL selbst zu dem Ergebnis, daß es sich bei dieser sog. "Delegation zur Ausübung" lediglich um die Zuschreibung einer Vertretungsmacht handle; statt "Delegation zur Ausübung" solle man besser von "Erteilung einer Vertretungsmacht" oder von "Mandat" sprechen ²¹⁾.

§ 6 Die Kritik an der TRIEPELSchen Delegationslehre

I. Die Kritik der Anhänger der Lehre TRIEPELS

Rechtssprechung und Lehre sind überwiegend der Delegationslehre TRIEPELS gefolgt ¹⁾. Doch konnte dies in Anbetracht des grundlegenden Wandels der verfassungsrechtlichen Verhältnisse seit dem Erscheinen der Monographie TRIEPELS im Jahre 1942 nicht überall vorbehaltlos geschehen.

So hatten die Anhänger TRIEPELS dessen Delegationslehre an den rechtsstaatlichen Prinzipien des Grundgesetzes und der Landesverfassungen auszurichten. Eines dieser rechtsstaatlichen Prinzipien besteht darin, daß materiell-rechtlich kein Akt der Rechtsetzung ohne gesetzliche Ermächtigung wirksam vorgenommen werden kann.

19) TRIEPEL S. 23, 26 f., 131 ff.

20) TRIEPEL S. 36 ff., 53.

21) TRIEPEL S. 37.

1) Siehe oben § 4, Fußn. 2 u. 3 (S. 34).

Dieses Prinzip des Erfordernisses einer gesetzlichen Ermächtigung kommt in Art. 80 Abs. 1 und 129 Abs. 3 GG sowie auch in allen Landesverfassungen ²⁾ klar zum Ausdruck. In Anbetracht dieses rechtsstaatlichen Grundsatzes konnten die Anhänger TRIEPELS diesem nicht darin zustimmen, daß auch im Falle des Schweigens des Gesetzgebers eine Norm des ungeschriebenen Rechts dem "Entlastungsinteresse" des Kompetenzträgers Rechnung tragen könne und eine Delegation zulässig mache, "wenn die Rechtsordnung nicht in erkennbarer Weise auf die persönliche Ausübung der Zuständigkeit durch ihren Inhaber Wert" lege ³⁾.

Darüber hinaus übt OBERMAYER Kritik an dem TRIEPELSchen Begriff der "unechten, konservierenden" Delegation, bei der der Delegant nur auf die Ausschließlichkeit seiner Kompetenzwahrnehmung verzichtet ⁴⁾.

OBERMAYER ist der Ansicht, eine derartige Doppelzuständigkeit sei mit den rechtsstaatlichen Prinzipien unvereinbar. Eine "konservierende" Delegation könne man nur dann als zulässig ansehen, wenn die durch sie bedingte doppelte Zuständigkeit durch zwingende Gesichtspunkte des öffentlichen Wohles - etwa im Falle einer Gefahrenabwehr nach § 14 preußPVG - gerechtfertigt sei ⁵⁾.

II. Die Ablehnung des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs durch BARBEY

In seiner Dissertation "Rechtsübertragung und Delegation - Eine Auseinandersetzung mit der Delegationslehre Heinrich TRIEPELS" ⁶⁾ hat sich GÜNTHER BARBEY eingehend mit dem TRIEPELSchen Delegationsbegriff befaßt. Ausgangspunkt der Untersuchung BARBEYS ist die Klärung des Zuständigkeitsbegriffs. BARBEY folgt hierbei grundsätzlich einer Theorie H.J. WOLFFs, die dieser ursprünglich vertreten, jedoch inzwischen wieder aufgegeben hat ⁷⁾.

2) Vgl.: Art. 61 bw LVerf; Art. 55 Abs. 2 bay LVerf; Art. 107 he LVerf; Art. 34 nds LVerf; Art. 70 nw LVerf; Art. 110 rhpf LVerf; Art. 106 saarl LVerf; Art. 33 schlh LS.

3) Vgl. TRIEPEL S. 114.

4) Vgl. TRIEPEL S. 53 f.; siehe ferner oben S. 38.

5) OBERMAYER, JZ 1956 S. 627 f.

6) Erschienen 1962 in Münster.

7) WOLFF, Theorie der Vertretung S. 229-278; vgl. BARBEY S. 19-25.

Nach dieser zunächst von WOLFF vertretenen Zuständigkeitstheorie sind Zuständigkeit und Kompetenz gleichbedeutend: Zuständigkeit o d e r Kompetenz ist "eine rechtlich erhebliche, einem Subjekt zustehende Macht zu rechtlich erheblichem Verhalten oder ein rechtliches Können" ⁸⁾.

Soweit ein Organ als Glied oder Teil eines Organisationssubjekts Träger einer Zuständigkeit o d e r Kompetenz ist, bezieht sich dieses "rechtliche Können" auf die Wahrnehmung fremder Berechtigungen und Verpflichtungen, nämlich solche der Organisation ⁹⁾; soweit eine juristische Person selbst Träger einer Zuständigkeit o d e r Kompetenz ist, ist diese "rechtliche erhebliche Macht" oder dieses "Können" auf eigene Rechte und Interessen bezogen ¹⁰⁾.

Zuständigkeit o d e r Kompetenz sind nach dieser früheren WOLFFschen Theorie zu unterscheiden "von den ihren rechtmäßigen Gebrauch umgrenzenden Berechtigungen und Verpflichtungen" sowie von den "Geschäften" oder "einem Inbegriff von den Geschäften" als den Gegenständen der Zuständigkeit o d e r Kompetenz ¹¹⁾.

Demgegenüber sind nach der nunmehr von WOLFF vertretenen Zuständigkeitslehre die Begriffe "Zuständigkeit" und "Kompetenz" nicht gleichbedeutend verwendbar. WOLFF empfiehlt nunmehr aus terminologischen Gründen und solchen der "gedanklichen Klarheit", den Begriff "Kompetenz" dem Gegenstand der Zuständigkeit, also dem wahrzunehmenden Geschäft vorzubehalten ¹²⁾.

8) WOLFF, Theorie der Vertretung S. 278; ders.Bd.II § 72 I a) u. b) (S. 9 ff).

9) WOLFF, Theorie der Vertretung S. 237; ders.Bd.II § 72 I b) (S. 10 f.).

10) WOLFF, Theorie der Vertretung S. 233, 253 f., 258 f; ders.Bd. II § 72 I b) 1 (S.10).

11) WOLFF, Theorie der Vertretung S. 237, 251, 253 f., 258 f., 272; (Hervorhebungen vom Verf.).

12) WOLFF, bereits in Vorlesung 1948 S. 137; Bd.I § 3 I b) (S.14), § 4 I b) (S.23), § 30 II b) (S.140), Bd.II § 72 II a) (S.12).

BARBEY wendet in Kenntnis dieser beiden verschiedenen WOLFFschen Zuständigkeitslehren bei seiner Untersuchung die ursprünglich von WOLFF vertretene, "Zuständigkeit" und "Kompetenz" synonym setzende Theorie an ¹³⁾, da auch TRIEPEL die Begriffe "Zuständigkeit" und "Kompetenz" gleichbedeutend in dem Sinne verwendet habe, daß beide Begriffe "eine Beziehung eines Subjekts zu einer Tätigkeit" umschrieben ¹⁴⁾.

Ob die aufgezeigten Unterschiede im Rahmen des WOLFFschen Systems nur terminologische Bedeutung haben - wie BARBEY meint ¹⁵⁾ - oder ob man mit der neueren Zuständigkeitslehre WOLFFs zu anderen Ergebnissen gelangt, wird an anderer Stelle noch eingehend untersucht werden müssen ¹⁶⁾.

Im folgenden sollen in kurzen Zügen die Schlußfolgerungen aufgezeigt werden, die BARBEY bei seiner Untersuchung unter Verwendung der oben dargelegten früheren WOLFFschen Zuständigkeitstheorie gezogen hat:

Aus dem Grundgedanken heraus, daß Zuständigkeit oder Kompetenz eine "rechtlich erhebliche, einem Subjekt zustehende Macht" oder "ein rechtliches Können" sei, folgert BARBEY, daß die Zuständigkeit oder Kompetenz von ihrem Subjekt untrennbar sei ¹⁷⁾. Zuständigkeiten könnten nicht unabhängig von ihren Subjekten aufgefaßt werden, da die Subjekte durch die ihnen zugewiesenen Zuständigkeiten überhaupt erst konstituiert würden. Demnach könnte bei dem von TRIEPEL als "Delegationen" bezeichneten Sachverhalten die jeweils in Betracht kommende Zuständigkeit nicht als ein und dieselbe von einem Subjekt auf ein anderes übergehen; vielmehr gehe das delegierende Subjekt samt seiner Zuständigkeit ganz oder teilweise unter, da es durch die ihm verloren gehende Zuständigkeit überhaupt erst existent sei. Demgegenüber werde der Delegatar durch die Begründung einer der erloschenen Zuständigkeit des Deleganten gleichen und nicht etwa mit ihr identischen Zuständigkeit erst als Hoheitsträger oder Organ konstituiert ¹⁸⁾.

13) BARBEY S. 22 Fußn. 14: "Da der TRIEPELSche Kompetenzbegriff nicht eine "Aufgabe" oder "Funktion" meint, muß hier zwecks Vermeidung von Äquivocationen die ursprüngliche Terminologie WOLFFs beibehalten werden".

14) TRIEPEL, S. 89 f., 109 f.

15) BARBEY a.a.O.

16) Siehe im folgenden § 7 I.

17) BARBEY S. 48 ff.

18) BARBEY S. 50 f.

Die Möglichkeit der Übertragbarkeit von Zuständigkeiten scheiterte aber auch aus einem weiteren Grunde daran, daß Zuständigkeiten durch das objektive Recht gewährte Rechte seien ¹⁹⁾. Die Organisationsnormen des objektiven Rechts wiesen den Hoheitsträgern und ihren Organen unmittelbar Zuständigkeiten zu. Daher könne die Lösung einer Zuständigkeit von ihrem Subjekt nur durch Beseitigung der Geltung der Organisationsnorm herbeigeführt werden. Dies habe das Erlöschen der jeweiligen Zuständigkeit infolge Wegfalls ihres Entstehungsgrundes zur Folge. Zuständigkeiten könnten deshalb nicht übertragen werden.

Daher müsse der TRIEPELSche Delegationsbegriff "Delegation bedeutet Kompetenzverschiebung" abgewiesen werden. Eine Delegation sei nicht - wie TRIEPEL meine - darin zu sehen, daß ein Kompetenzträger seine Kompetenz ganz oder zum Teil auf ein anderes Subjekt übertrage; Delegation bedeute vielmehr die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit ²⁰⁾.

So gesehen, sei der Kompetenzverlust des Deleganten als des Inhabers der ordentlichen Zuständigkeit nicht spezifisches Merkmal der Delegation ²¹⁾. Die delegierte Zuständigkeit sei vielmehr unabhängig davon, ob die regelmäßige ordentliche Zuständigkeit daneben bestehen bleibe oder unterginge, in jedem Fall eine außerordentliche Zuständigkeit in dem aufgezeigten Sinne, weil sie durch eine ausnahmsweise regelwidrig geltende Zuständigkeitsnorm begründet worden sei. Demnach sei die konkurrenzschaffende oder von TRIEPEL so bezeichnete "konservierende" Delegation keine "unechte", sondern lediglich eine besondere Form der "echten" Delegation ²²⁾.

Aus dem Satz "Delegation bedeutet die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit" folge ferner, daß die Delegation nicht ²³⁾ - wie von TRIEPEL angenommen - "auf dem Willen dessen" beruhen müsse, "der an Zuständigkeit verliert" ²⁴⁾. Somit sei eine echte Delegation auch anderer als legislatorischer Zuständigkeiten durch den Gesetzgeber dem Begriffe nach durchaus denkbar ²⁵⁾.

19) BARBEY S. 45 ff. (52).

20) BARBEY S. 62 ff., 77.

21) BARBEY S. 84.

22) BARBEY S. 59 f., 85.

23) BARBEY S. 86.

24) TRIEPEL S. 23, 51.

25) BARBEY S. 86 f., 89 Fußn.6 (jedoch mit Ausnahme von Verfassungsänderungen).

§ 7 Stellungnahme zu den Delegationsbegriffen
 TRIEPELs und BARBEYs

I. Zur "echten" Delegation

Sofern man mit BARBEY der von TRIEPEL sowie ursprünglich auch von WOLFF vertretenen, die Begriffe "Zuständigkeit" und "Kompetenz" synonym verwendenden Zuständigkeitslehre folgt, erscheint die Kritik BARBEYs an dem TRIEPELschen Delegationsbegriff in einem wesentlichen Punkt gerechtfertigt.

BARBEY ist darin zuzustimmen, daß der Zuständigkeit (oder synonym der Kompetenz) als einem rechtlichen Können eines Rechtssubjekts keine eigenständige Existenz zukommen kann und daß die Zuständigkeit somit von ihrem Subjekt untrennbar ist. Die Deduktion BARBEYs, daß die Zuständigkeit als "eine durch das objektive Recht gewährte Berechtigung" sich von ihrem Subjekt nur durch dessen Untergang ¹⁾ oder durch Beseitigung der Geltung des die Zuständigkeit erst gewährenden objektiven Rechts lösen lasse ²⁾ und "mithin nicht übertragbar sei" ³⁾, überzeugt. Nach der insoweit gerechtfertigten Kritik BARBEYs ist daher davon auszugehen, daß Delegation nicht - wie TRIEPEL meint ⁴⁾ - "Übertragung" einer Zuständigkeit vom Deleganten auf den Delegatar bedeutet, sondern daß bei dem Delegationsvorgang vielmehr die Zuständigkeit in der Person des Deleganten untergeht, während "an ihrer Stelle eine ihr gleiche, nicht aber mit ihr identische Zuständigkeit" ⁵⁾ in der Person des Delegatars neu entsteht.

Ansätze für diesen von BARBEY insoweit dogmatisch zutreffend dargelegten und begründeten Delegationsvorgang sind zwar auch bei TRIEPEL zu finden, wenn dieser davon spricht, daß bei einer Delegation ein Subjekt eine Zuständigkeit "zu Gunsten eines anderen Subjekts a u f g i b t " ⁶⁾ oder daß "das delegierte

1) BARBEY S. 32 ff. (47).

2) BARBEY S. 52.

3) BARBEY a.a.O., ferner S. 48 ff.

4) Siehe oben S. 36.

5) BARBEY S. 48 ff (50).

6) TRIEPEL S. 51.

Recht nicht nur dem Delegatar "anwächst", sondern es auch dem Deleganten "verloren geht" ⁷⁾). Indessen können diese von TRIEPEL vereinzelt verwandten Ausdrücke nur als zufällig mit der (späteren) Ansicht BARBEYs übereinstimmende "Einsprengsel" ⁸⁾ bezeichnet werden, da es sich aus der bereits zitierten TRIEPELschen Definition des Delegationsbegriffs ⁹⁾ deutlich ergibt, daß TRIEPEL unter Delegation den Wechsel einer identischen Zuständigkeit vom Deleganten auf den Delegatar versteht.

BARBEY steht mit seiner Ansicht, Zuständigkeit lasse sich nicht als ein und dieselbe Berechtigung von ihrem bisherigen Träger lösen und auf ein anderes Subjekt übertragen, nicht allein. Ausgehend von der grundlegenden Untersuchung des Art. 24 GG durch K.H.KLEIN ¹⁰⁾, sehen MAUNZ-DÜRIG ¹¹⁾ den Vorgang des Übertragens von Hoheitsrechten, "zu dessen Einleitung Art. 24 Abs. 1 GG die deutschen Staatsorgane ermächtigt, nicht in einer der *cessio iuris* oder der der Übereignung vergleichbaren Hoheitsrechtsübertragung, sondern in der einseitigen Aufgabe bestimmter Hoheitsrechte durch den deutschen Staat und der ebenso einseitigen Aufnahme der Hoheit durch eine zwischenstaatliche Einrichtung, also einem Vorgang, dem im bürgerlichen Recht etwa die Dereliktion einer Sache durch den Eigentümer und die darauf folgende Okkupation (Aneignung) durch einen Dritten entspräche".

7) TRIEPEL S. 52.

8) Vgl. BARBEY S. 53 Fußn. 2.

9) Siehe oben S. 36.

10) K.H.KLEIN deutet diese Problematik bei der Behandlung der Abtretung von Hoheitsrechten an: "Eine Abtretung der Staatsgewalt ist ferner für denjenigen nicht denkbar, für den eine jede Erstreckung der Staatsgewalt originärer Natur ist. Denn danach tritt an die Stelle der aufgegebenen Hoheitsrechte eine andere, neu erwachsende Staatsgewalt, deren Entstehung nur von der Möglichkeit und dem Willen des neuen Trägers zur Erstreckung abhängig ist."

11) MAUNZ-DÜRIG Art. 24 Rdn. 7 cc) mit weit.Hinweisen. Diese Argumentation von MAUNZ-DÜRIG kann indessen nur bei der grundsätzlichen Untersuchung des Delegationsbegriffs ergänzend herangezogen werden. Im übrigen unterliegen gemeindliche Delegationen anderen Regeln als eine gem. Art. 24 GG erfolgende "Übertragung" staatlicher Hoheitsrechte.

BARBEY kann indessen nicht gefolgt werden, soweit er aus der dargelegten, dogmatisch zutreffenden Ausgangsposition folgende Schlußfolgerungen zieht: das spezifische Merkmal der Delegation liege a l l e i n in der Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit ¹²⁾; der Kompetenzverlust des bisherigen ordentlichen Zuständigkeitsinhabers sei somit für eine Delegation nicht

12) BARBEY S. 67, 77, 83 (Hervorhebung durch den Verf.).

begriffsnotwendiges Merkmal ¹³⁾; demzufolge sei es unmaßgeblich ¹⁴⁾, ob die Delegation - nach den Worten TRIEPELS ¹⁵⁾ - gerade "auf dem Willen dessen" beruhe, "der an Zuständigkeit verliert."

Die BARBEYsche Definition "Delegation ist die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit" berücksichtigt nur einen Teil des eine Delegation umfassenden, komplizierten Rechtsvorgangs. Der Begründung der außerordentlichen Zuständigkeit entspricht in der TRIEPELSchen Delegationslehre die "Zuschreibung" einer Zuständigkeit oder nach dem von MAUNZ-DÜRIG gewählten Beispiel die Okkupation. Aus dem Grundsatz, daß die Übertragung einer identischen Zuständigkeit von einem Subjekt auf ein anderes begrifflich nicht denkbar ist, folgt nicht mit logischer Konsequenz, daß statt des von TRIEPEL dogmatisch fehlgesehenen Rechts-"Übergangs" die Delegation a l l e i n in der Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit liege. Von dem von BARBEY zutreffend gesetzten Ausgangspunkt, daß die Zuständigkeit von ihrem Rechtsträger untrennbar ist, kann bei der Entwicklung und Begründung des Delegationsbegriffs die Frage nach dem Schicksal der Zuständigkeit des bisherigen Inhabers nicht ausgeschlossen werden. Die Frage nach dem Verbleib der bisherigen Zuständigkeit ist für die Bestimmung der Wesensmerkmale einer Delegation ebenso wichtig wie die Feststellung BARBEYs, daß eine Delegation die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit zur Folge habe. Die einengende Schlußfolgerung BARBEYs überrascht insofern, als BARBEY die bei jeder "echten" Delegation erfolgende Rechtserscheinung des Untergangs der bisherigen Zuständigkeit in der Person des Deleganten erkannt hat ¹⁶⁾. Die allein auf die Person des Delegatars abstellende Definition BARBEYs hat eine Ausweitung des Begriffs der "echten" Delegation zur Folge, die dazu führt, daß neben der "translativen" auch die "konservierende", ja sogar die von TRIEPEL als "überflüssig" bezeichnete "zuweisende" Delegation der "echten" Delegation unterfallen.

13) BARBEY S. 84 ff.

14) BARBEY S. 86.

15) TRIEPEL S. 23, 51.

16) BARBEY S. 50.

Bei der Entwicklung und Begründung eines Delegationsbegriffs ist die Frage nach dem Verbleib oder Untergang der Zuständigkeit in der Person des Deleganten von gleichfalls wesentlicher Bedeutung. Der Aufgabe der Zuständigkeit durch den bisherigen Zuständigkeitsinhaber entspricht nach der TRIEPELSchen Delegationslehre die "Abschiebung" oder nach dem von MAUNZ-DÜRIG gewählten Beispiel die Dereliktion.

Bei Berücksichtigung der Frage nach dem Zuständigkeitsverbleib kann ferner das nach TRIEPEL für eine Delegation begriffsnotwendige, von BARBEY jedoch unnötig verworfene Wesensmerkmal des **E i n v e r s t ä n d n i s s e s** des die Zuständigkeit aufgebenden Rechtssubjekts zur Delegation beibehalten werden ¹⁷⁾. Obgleich die TRIEPELSche Delegationslehre vom "Abschieben" und "Zuschieben" einer Zuständigkeit (oder Kompetenz) auf einem dogmatischen Fehlschluß beruht, kann unter Zugrundelegung der im Ansatz zutreffenden BARBEYschen Theorie von der Unlösbarkeit einer Zuständigkeit von ihrem Rechtssubjekt dennoch die von TRIEPEL getroffene Abgrenzung der "echten" Delegation von den Arten der "unechten" Delegationen bestehen bleiben.

Sofern man mit BARBEY von der ursprünglich von WOLFF vertretenen Zuständigkeitstheorie ausgeht, gelangt man demnach zu folgender Begriffsbestimmung: Delegation ist die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit in der Person des Delegatars unter freiwilliger Aufgabe der ordentlichen Zuständigkeit durch den Deleganten.

Es fragt sich jedoch, ob die soeben entwickelte Definition der Delegation unverändert Bestand haben kann, wenn man die heute von WOLFF vertretene Zuständigkeitslehre der Untersuchung zu Grunde legt. Die von BARBEY geäußerte Ansicht, daß die sich aus der durch WOLFF weiterentwickelten Zuständigkeitslehre ergebenden Unterschiede zur früheren WOLFFschen Zuständigkeitstheorie nur "terminologische Bedeutung" ¹⁸⁾ hätten, begegnet starken Bedenken.

17) Zum gleichen Ergebnis scheint WOLFF (Bd.II § 72 IV b) 2 (S.1. zu gelangen, wenn er davon spricht, daß die Delegation "vom Einverständnis des Delegatars.... im Zweifel nicht abhängig" sei.

18) BARBEY S. 22 Fußn.14.

Nach der heute von WOLFF vertretenen Zuständigkeitslehre ist unter sachlicher Zuständigkeit i.w.S. ¹⁹⁾ "die Verpflichtung und Berechtigung" zu verstehen, "dem Gegenstande nach bestimmte Angelegenheiten ... in gewissen Arten, Weisen und Formen wahrzunehmen". Das, was danach zustehe, der Gegenstand der zustehenden Wahrnehmungs-Verpflichtungen und Berechtigungen, also das wahrzunehmende Geschäft, sei die Kompetenz ²⁰⁾.

Diese jüngere WOLFFsche Zuständigkeitstheorie verdient gegenüber seiner überkommenen Lehre den Vorzug. Die neue Theorie scheidet klar zwischen Zuständigkeit ²¹⁾ und Kompetenz als zwei Begriffen, die bisher synonym verwandt wurden. Sie behält den Begriff "Zuständigkeit" jenen Rechtsbeziehungen vor, die zwischen dem Subjekt und dem von diesem wahrzunehmenden Geschäft bestehen. Diese Beziehungen sind Befugnisse und Verbindlichkeiten; sie sind unmittelbar auf das Subjekt bezogen und somit von dem Subjekt untrennbar. Dieser engere Begriff der Zuständigkeit ist mit dem überkommenen Zuständigkeitsbegriff "Zuständigkeit ist ein rechtliches Können" ²²⁾ wesensgleich.

Anders wird in der neuen WOLFFschen Lehre der Begriff "Kompetenz" verwandt. Kompetenz ist nicht mehr gleichbedeutend mit "Zuständigkeit", sondern sie umschreibt den Gegenstand der Zuständigkeit, den Inhalt der wahrzunehmenden Befugnisse und Verbindlichkeiten.

WOLFF weist zutreffend darauf hin, daß beide Begriffe eng zusammengehören: Zuständigkeit ohne Kompetenz sei ebensowenig möglich wie Kompetenz ohne Zuständigkeit. ²³⁾

19) Im Gegensatz zur Zuständigkeit i.e.S., unter der WOLFF "die Befugnis und Verbindlichkeit" versteht, "bestimmte Funktionen in bestimmter Weise auf einem bestimmten Sachgebiet zu versehen" (Bd.II § 72 II f(S.14)). Sofern die Zuständigkeit i.e.S. delegiert werden soll, kann der oben bereits entwickelte Delegationsbegriff unbedenklich Anwendung finden, da hierbei eine Scheidung zwischen Zuständigkeit und Kompetenz begrifflich nicht möglich ist.

20) WOLFF Bd.II § 72 II a) (S.12); ebenso: RASCH, DÖV 1957 S.337.

21) Im Folgenden wird die Zuständigkeit i.w.S. schlicht als "Zuständigkeit" bezeichnet.

22) Siehe oben § 6 Fußn. 6) u. 7) (S. 40).

23) WOLFF Bd.II § 72 II a) (S.12).

Legt man die heute von WOLFF vertretene Zuständigkeitslehre dieser Untersuchung zu Grunde, so ergeben sich für den bereits nach der ursprünglichen WOLFFschen Zuständigkeitstheorie entwickelten Delegationsbegriff folgende rechtliche Konsequenzen:

Der bisherige Delegationsbegriff läßt sich aufrechterhalten, so fern man als Zuständigkeit a l l e i n die Verpflichtung und Berechtigung eines Subjekts zur Wahrnehmung von Angelegenheiten auffaßt. Auch nach der neueren WOLFFschen Lehre ist die Zuständigkeit von ihrem Subjekt untrennbar und kann demnach nicht als ein und dieselbe Befugnis oder Verbindlichkeit von dem bisherigen Zuständigkeitsträger auf ein anderes Rechtssubjekt übertragen werden. Eine Delegation bleibt insoweit nur denkbar, als die subjekt-bezogene Zuständigkeit im gleichen Maße und Umfange, wie sie beim Deleganten auf Grund dessen eigenen Entschlusses erlischt, in der Person des Delegatars - wiederum subjekt-bezogen - neu erwächst.

Demgegenüber ist eine Übertragung der Kompetenz als des Gegenstandes der Zuständigkeit von einem Subjekt auf ein anderes möglich. Die Kompetenz haftet nicht unlösbar einem Zuständigkeitsträger an. Als Korrelat zur Zuständigkeit steht die Kompetenz zu einem Rechtssubjekt solange in Beziehung, wie dieses Subjekt die Zuständigkeit innehat. Bei dem Untergang der regulären Zuständigkeit dieses Subjekts und der Begründung der außerordentlichen Zuständigkeit in der Person eines anderen Subjekts geht mit der Kompetenz kein dementsprechender Rechtsvorgang vor. Vielmehr läßt sich die Kompetenz ohne Untergang ihrer Existenz von dem ihm bisher zugeordneten Zuständigkeitsträger lösen und sich als ein und dieselbe, also identische Kompetenz einem anderen Subjekt zuweisen. Kompetenz ist demnach übertragbar ²⁴⁾.

Aus diesen Gründen ergibt sich, daß eine Delegation noch vielschichtiger und ein begrifflich weitaus komplizierterer Rechtsvorgang ist, als bereits BARBEY annimmt. Der BARBEYsche Delegationsbegriff kann nur zum Teil angenommen werden, soweit es sich nämlich bei dem Delegationsvorgang um die Begründung der außerordentlichen Zuständigkeit handelt. Die TRIEPELSche Delegationslehre, die zwar die bei jeder Delegation vorkommende Zuständigkeitsveränderung dogmatisch unzutreffend als "Übertragung" bezeichnet, kann beibehalten werden, soweit sie die vom Einver-

24) Ebenso WOLFF Bd. II § 72 IV b) 2 (S.18).

ständnis des Delegatars abhängende Aufgabe der bisherigen ordentlichen Zuständigkeit als begriffswesentliches Delegationsmerkmal voraussetzt.

Die "echte" Delegation besteht somit aus vier begriffsnotwendigen Komponenten:

1. aus der Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit in der Person des Delegatars,
2. unter gleichzeitiger Aufgabe der ordentlichen Zuständigkeit durch den Deleganten,
3. durch Übertragung einer Kompetenz vom Deleganten auf den Delegatar,
4. auf Grund freier Willensentscheidung des Deleganten.

Eine Delegation von Hoheitsrechten vollzieht sich stets bei Vorliegen dieser vier Begriffsmerkmale.

Hoheitsrechte sind die sich aus der Hoheitsgewalt ergebenden Befugnisse ²⁵⁾, also Ausflüsse einer "rechtlich erheblichen Macht" ²⁶⁾, oder eines "Könnens" ²⁶⁾ der Gemeinden oder des Staates; Hoheitsrechte sind damit ihrem Wesen nach Zuständigkeiten ²⁷⁾.

Ohne zugeordnete Hoheitsträger sind Hoheitsrechte nicht denkbar.

Zuständigkeitsträger der gemeindlichen Hoheitsgewalt sind die Gemeinden. Soweit die Gemeinden staatliche Auftragskompetenzen wahrnehmen, hat der Staat diese Kompetenzen kraft Gesetzes in die ordentliche Zuständigkeit der Gemeinden überstellt. Während die Gemeinden ihre gemeindliche Hoheitsgewalt in Eigenzuständigkeit innehaben ²⁸⁾, üben sie die ihnen gesetzlich zugewiesene staatliche Hoheitsgewalt in organisationsrechtlicher Wahrnehmungszuständigkeit aus ²⁹⁾. Bei der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte werden die Gemeinden als ordentliche Zuständigkeitsträger tätig, da sich der Staat insoweit der Gemeinden, die er mit der Wahrnehmung staatlicher Interessen und Rechte betraut hat, gleichsam als seiner staatlichen Unterbehörden bedient.

Gemeindliche wie staatliche Hoheitsrechte können sich - wie die Untersuchung bei Behandlung des Wesens der Zuständigkeit gezeigt

25) Siehe oben S. 30.

26) Vgl. oben § 6 Fußn. 7 (S. 40).

27) Ebenso KRAUS, Wehrbeitrag II S. 836; vgl.a. oben § 3 Fußn. 6 (S. 32).

28) Vgl. oben § 6 Fußn. 9 (S. 41).

29) Vgl. oben § 6 Fußn. 8 (S. 41).

hat ³⁰⁾ - nicht von ihrem bisherigen Hoheitsträger lösen und auf andere außerordentliche Hoheitsträger übertragen lassen, sondern sie können nur durch Aufgabe des bisherigen ordentlichen Hoheitsrechtsinhabers in der Rechtsperson eines neuen außerordentlichen Hoheitsträgers begründet werden.

Schließlich kann die Delegation von Hoheitsrechten grundsätzlich nicht ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erfolgen.

Die Kritik der Anhänger der Delegationslehre TRIEPELS, eine Delegation bedürfe ausnahmslos einer rechtssatzmäßigen Ermächtigung und sei keinesfalls - wie TRIEPEL meine ³²⁾ - ausnahmsweise im Entlastungsinteresse des bisherigen Zuständigkeitsinhabers zulässig, ist beizutreten. Daß in jedem Falle eine derartige Ermächtigung zur Zulässigkeit einer Delegation erforderlich ist, ergibt sich aus dem in Art. 80 und 129 GG sowie in den entsprechenden Bestimmungen der einzelnen Landesverfassungen ³³⁾ zum Ausdruck kommenden Grundgedanken, daß jeder Akt der Rechtsetzung einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Auch die Gegner des TRIEPELSchen Delegationsbegriffs vertreten einhellig diese Ansicht ³⁴⁾.

Nach allem ergibt sich für den Begriff der echten Delegation folgende Definition:

Delegation ist die auf dem Willen des Deleganten beruhende Aufgabe dessen ordentlicher Zuständigkeit unter gleichzeitiger Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit des Delegatars durch Übertragung der Kompetenz des Deleganten auf den Delegatar; eine Delegation bedarf stets einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

³⁰⁾ Siehe oben S. 42 f., 44.

³¹⁾ Siehe oben S. 39

³²⁾ TRIEPEL S. 111 f.

³³⁾ Vgl. oben § 6 FuBn. 2 (S.40).

³⁴⁾ BARBEY S. 92; WOLFF Bd. II a.a.O.

II. Zur "konservierenden" Delegation

Legt man wie bei der bereits durchgeführten Überprüfung der von TRIEPEL und BARBEY definierten "echten" Delegationsbegriffe auch bei der nachfolgenden Untersuchung der "konservierenden" oder "konkurrenzschaffenden" Delegation zunächst die ursprünglich von WOLFF vertretene, die Begriffe "Zuständigkeit" und "Kompetenz" synonym verwendende Zuständigkeitslehre zu Grunde, so ergeben sich hier ebenfalls Bedenken an der dogmatischen Richtigkeit der Delegationsbegriffe TRIEPELS und BARBEYS.

Der Ansicht TRIEPELS kann nicht darin zugestimmt werden, daß bei der "konservierenden" Delegation der Delegant eine Zuständigkeit "ü b e r t r ä g t", sich aber vorbehält, "nach Gefallen die g l e i c h e "Zuständigkeit" auch selber auszuüben" ³⁶⁾. Da sich die Zuständigkeit als "rechtliches Können" ³⁷⁾ von ihrem Rechtssubjekt nur durch Untergang dieses Subjekts oder durch Aufhebung der Zuständigkeitsnorm lösen läßt, ist sie nicht übertragbar ³⁸⁾. Der bei einer "konservierenden" Delegation erfolgende Rechtsvorgang läßt sich dogmatisch nur so erklären, daß in der Person des Delegatars eine außerordentliche Zuständigkeit begründet wird, während d a n e b e n die ordentliche Zuständigkeit des bisherigen Hoheitsträgers bestehen bleibt und nicht etwa wie bei der "echten, translativen" Delegation untergeht.

Der BARBEYSche Delegationsbegriff unterliegt auch hier den gleichen Bedenken wie im vorigen Unterabschnitt (zu Ziff.I). Da die Aufgabe der ordentlichen Zuständigkeit durch den Deleganten eines der vier begriffswesentlichen Merkmale der "echten" Delegation ist ³⁹⁾, bei der "konservierenden" Delegation jedoch die Zuständigkeit des Deleganten fortbestehen bleibt, kann der Ansicht BARBEYS, es handele sich bei der letztgenannten Delegationsart um einen Unterfall der "echten" Delegation, nicht beigetreten werden.

36) TRIEPEL S. 51 (Hervorhebungen durch den Verf.). In der TRIEPELschen Definition heißt es statt "Zuständigkeit" an dieser Stelle "Kompetenz"; da TRIEPEL indessen beide Begriffe gleichlautend verwendet, wurde diese Änderung hier absichtlich vorgenommen, um zu vermeiden, daß beide von WOLFF nunmehr klar abgegrenzten Begriffe wieder vermengt werden.

37) Vgl. oben § 6 Fußn.7 (S.40).

38) Vgl. oben S. 42 f., 44 f.

39) Siehe oben S. 50.

Die Bedenken gegenüber der TRIEPELSchen wie BARBEYSchen Delegationslehre verstärken sich noch mehr, wenn man der jüngeren WOLFFschen Zuständigkeitstheorie folgend die Begriffe "Zuständigkeit" und "Kompetenz" terminologisch klar voneinander abgrenzt. Berücksichtigt man, daß der auf der neuen WOLFFschen Zuständigkeitslehre fußende Delegationsbegriff als weiteres Wesensmerkmal die Übertragung einer Kompetenz voraussetzt, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß eine solche Kompetenzübertragung bei der "konservierenden" Delegation nicht denkbar ist; denn mit dieser Übertragung würde der Delegant als Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit seine Kompetenz verlieren. Eine Zuständigkeit ohne Kompetenz ist jedoch nach der zutreffenden Ansicht WOLFFs ebensowenig möglich wie eine Kompetenz ohne Zuständigkeit⁴⁰⁾.

Die mit einer "konservierenden" oder "konkurrenzschaffenden" Delegation zusammenhängenden Rechtsvorgänge lassen sich nur so deuten und dogmatisch begründen, daß der Delegant dieselbe Kompetenz, die er weiterhin innehat, dem Delegatar mit e i n r ä u m t ; auf dieser e i n e n, zwar vom jeweiligen Rechtssubjekt trennbaren, jedoch auf einem einheitlichen Aufgabengebiet nichtteilbaren Kompetenz fußen bei der "konservierenden" Delegation zwei Zuständigkeiten: die ordentliche Zuständigkeit des Deleganten und die außerordentlich begründete Zuständigkeit des Delegatars. Da diese Rechtskonstruktion infolge Fehlens einer Kompetenzübertragung kein Unterfall der "echten" Delegation sein kann, ist sie als Fall der "unechten" Delegation einzustufen.

Die Bedenken OBERMAYERS an der generellen Zulässigkeit der "konservierenden" Delegation "im Hinblick auf das rechtsstaatliche Prinzip einer eindeutigen Kompetenzverteilung"⁴¹⁾ können grundsätzlich geteilt werden. Es ist im Interesse der Rechtssicherheit nicht vertretbar, daß zwei Zuständigkeitsinhaber und Kompetenzträger gleichzeitig ihre Zuständigkeit in verschiedener Weise wahrnehmen können. Dies würde eine Gefahr von widersprüchlichen Maßnahmen und Entscheidungen herbeiführen.

⁴⁰⁾ Vgl. oben Fußn. 23 (S. 48).

⁴¹⁾ OBERMAYER, JZ 1956 S. 629.

Doch braucht andererseits die Einschränkung der "konservierenden" Delegation sich nicht nur -wie OBERMAYER meint ⁴²⁾- auf Ausnahmefälle, in denen dies aus zwingenden Gesichtspunkten, etwa in Gefahrenfällen, gerechtfertigt ist, zu erstrecken. Die Bedenken OBERMAYERS lassen sich damit ausräumen, daß man eine "konservierende" Delegation nicht als Verteilung zweier kumulativ, sondern nur *a l t e r n a t i v* konkurrierender Zuständigkeiten auf- faßt ⁴³⁾. Um die Möglichkeit kumulativ konkurrierender Zuständigkeiten von vornherein zu vermeiden, ist nach dem Vorschlag BARBEYS die rechtmäßige Ausübung der einen Zuständigkeit von Voraussetzungen abhängig zu machen, bei deren Vorliegen eine Ausübung der anderen Zuständigkeit entweder faktisch unmöglich oder rechtlich unzulässig ist ⁴⁴⁾. Auf diese Weise wird eine eindeutige Zuständigkeitsregelung gewährleistet und andererseits die Gefahr von einander widersprechenden Doppelentscheidungen beseitigt. Schließlich bleibt in diesem Zusammenhang die Frage zu beantworten, ob beide Delegationsarten, die "echte" Delegation wie die "unechte, konservierende" Delegation, wahlweise nebeneinander zulässig sind.

Diese Frage muß verneint werden, soweit sie dahingehend verstanden werden kann, die Ermächtigung zur echten Delegation (als einem "maius") berechtiige ohne weiteres auch zur "unechten, konservierenden" Delegation (als einem "minus"). Das argumentum a maiore ad minus kann hier keine Anwendung finden, da die "konservierende" Delegation im Verhältnis zur "echten" Delegation ein aliud ist. Hinzu kommt ferner, daß man die Wahl, unter welchen normativen Voraussetzungen der Delegant statt des Delegatars zuständig sein und die gemeinsame Kompetenz allein wahrnehmen soll, nicht in das Belieben des Deleganten stellen kann. Da nämlich daran festzuhalten ist, daß die Delegation eine Änderung der normierten Zuständigkeitsordnung ist und somit also selbst einen Akt der Rechtssetzung darstellt, sind die Voraussetzungen, nach denen bei der "konservierenden" Delegation einer der beiden Zuständigkeitsinhaber alternativ tätig werden soll, vom Gesetzgeber, der die Ermächtigung zur Delegation erteilt; zu normieren.

42) OBERMAYER, a.a.O. S. 628 f.

43) So zutreffend auch BARBEY S.124.

44) BARBEY a.a.O.

Daher kann die gestellte Frage, ob der Delegant die Wahl zwischen beiden Delegationsarten hat, nur dann bejaht werden, wenn der Gesetzgeber dem Deleganten diese Wahl ausdrücklich überlassen und zugleich die Voraussetzungen bestimmt hat, unter welchen Umständen die Zuständigkeit alternativ wahrgenommen werden kann ⁴⁵

III. Zur "zuweisenden" Delegation

Bei den von TRIEPEL unter dem Begriff der "zuweisenden" oder "geschäftsverteilenden" Delegation (delegatio a iure) zusammengefaßten Fällen handelt es sich teils um Zuständigkeitszuweisungen, teils jedoch auch um Änderungen der Zuständigkeitsordnung, bei denen das Handlungssubjekt (zumeist der Gesetzgeber) mit dem Verlierersubjekt (dem Inhaber der ordentlichen Zuständigkeit) nicht identisch ist ⁴⁶).

Soweit TRIEPEL die Zuständigkeitszuweisung von dem Begriff der "echten" Delegation aussondert, ist ihm im Ergebnis zu folgen; in den Fällen, in denen der Gesetzgeber einem Hoheitsträger eine neue ordentliche Zuständigkeit zuweist, scheitert die Annahme einer Delegation bereits an dem begriffsnotwendigen Merkmal der Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit des Delegatars. Dem Vorschlag TRIEPELS folgend sollte man hier den terminus "Delegation" gänzlich vermeiden ⁴⁷).

Soweit jedoch TRIEPEL darüber hinaus auch Fälle, "in denen ein Gesetz den 'Übergang' von Zuständigkeiten ... von einer 'Erklärung' des Inhabers der übergehenden Zuständigkeit abhängig macht", von den Fällen der "echten" Delegation mit der Begründung absondert, diese "Erklärung" sei keine Delegation, sondern lediglich ein "Gestaltungsakt", ist ihm zu widersprechen. Die Voraussetzungen einer "echten" Delegation können auch dann vorliegen, wenn über den Kreis der bei einer Delegationsvereinbarung stets beteiligten Partner, nämlich des Deleganten und des Delegatars, hinaus ein

45) A.A. BARBEY (S.86), der in allen Fällen, in denen das Grundgesetz "Übertragungen" von Zuständigkeiten gestattet, beide Delegationsarten wahlweise für zulässig ansieht.

46) Vgl. TRIEPEL (S.60 ff.), der allerdings diese klare Formulierung, die vielmehr auf die Untersuchung BARBEYS (S. 86 f.) zurückgeht, nicht verfaßt hat.

47) TRIEPEL S. 61.

drittes Rechtssubjekt bei der Zuständigkeitsänderung mitwirkt. Eine auf Vereinbarung zwischen Delegant und Delegatar beruhende Delegation bedarf - wie die einzelnen Fälle der Delegation in der Verwaltungspraxis bei der weiteren Untersuchung noch zeigen werden - ohnehin im Regelfall einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung. Unter besonderen Umständen kann das staatliche Interesse an einer Änderung der bestehenden Zuständigkeitsordnung im kommunalen Bereich so weit reichen, daß der Staat eine Änderung von Zuständigkeitsnormen an verschärfte Voraussetzungen knüpft, indem er Zuständigkeitsänderungen im Gesetzes- oder Verordnungswege oder auch durch Verwaltungsakte selbst anordnet.

In diesen Fällen der Nichtidentität des Handlungssubjekts mit dem Verlierersubjekt liegen gleichwohl die Begriffsmerkmale einer "echten" Delegation vor, sofern die staatlich angeordnete Zuständigkeitsänderung vom Einverständnis des Deleganten abhängig gemacht wird: auf Grund des erklärten Einverständnisses des Deleganten wird dessen ordentliche Zuständigkeit aufgehoben unter gleichzeitiger Begründung der außerordentlichen Zuständigkeit des Delegatars durch Übertragung der Kompetenz des Deleganten auf den Delegatar.

Demgegenüber können nach dem hier vertretenen Delegationsbegriff solche Zuständigkeitsänderungen, die der Staat ohne Rücksicht auf den Willen des bisherigen Zuständigkeitsinhabers vornimmt, nicht unter den Begriff der "echten" Delegation gefaßt werden. Da hier - mit Ausnahme der Begriffsvoraussetzung des Einverständnisses des Deleganten - sämtliche übrigen Wesensmerkmale der Delegation vorliegen, sollte man diesen Fällen der "unechten" Delegation den terminus "zuweisende Delegation" vorbehalten ⁴⁸).

⁴⁸) A.A. BARBEY (S. 86 f), der dem von ihm vertretenen Delegationsbegriff konsequent folgend auch die ohne Einverständnis des Deleganten erfolgenden Zuständigkeitsänderungen als "echte" Delegationen bezeichnet.

IV. Zum Mandat

Während die Delegationslehre TRIEPELS aus den dargelegten Gründen abzulehnen ist, kann das als Gegenstück zur Delegation anzusehende Institut des Mandats, so wie es TRIEPEL begrifflich erfaßt und definiert hat, beibehalten werden. Der überwiegende Teil der Anhänger ⁴⁹⁾ sowie auch die Gegner ⁵⁰⁾ der Delegationslehre TRIEPELS haben gegenüber dem TRIEPELSchen Mandatsbegriff keine Einwände erheben können. Da durch das Mandat der Mandatar beauftragt wird, eine Zuständigkeit und Kompetenz des Mandanten in d e s s e Namen auszuüben, wird die bestehende Zuständigkeitsordnung durch ein Mandat nicht abgeändert. Es tritt lediglich eine Änderung in der Zuständigkeitsausübung ein. Das Mandat ist somit nicht - wie die Delegation - ein Akt der Rechtssetzung. Demnach bedarf das Mandat keiner Ermächtigungsgrundlage ⁵¹⁾. Dennoch wird zur Klarstellung und Abgrenzung des Mandats von der Delegation häufig in den zur Delegation ermächtigenden Gesetzen auch eine Ermächtigungsgrundlage für ein Mandat zu finden sein ⁵²⁾.

49) A.A. ist OBERMAYER (JZ 1956 S. 628 f.), der die Zulässigkeit des Mandats grundsätzlich anzweifelt; lediglich in den Fällen, in denen der Mandatar praktisch "die Funktionen eines verlängerten Arms" des Mandanten wahrnimmt, läßt OBERMAYER (S. 629) eine Ausnahme gelten. Da der Mandant jedoch in sämtlichen Fällen der Ausübung fremder Zuständigkeiten an die Weisungen des Mandatars als des weiterhin allein entscheidungsbefugten Zuständigkeitsträgers gebunden ist, wird in der Verwaltungspraxis der Mandant stets als "verlängerter Arm" des Mandatars tätig.

50) Vgl. BARBEY S. 54 ff.; WOLFF Bd.II § 72 IV b) 5 (S. 19).

51) A.A. KLEIN, FRIEDRICH, Festschrift S. 210.

52) Vgl. z.B. § 1 Abs.2 u. 3 des Gesetzes über die Errichtung des Bundesverwaltungsamtes v. 28.12.1959 (BGBl.III Nr.200-2); ferner § 23 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 des nw Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit v. 26.4.1961 (nw GVBl. S. 190).

§ 8 Die Delegation zur eigenverantwortlichen Erfüllung nach Weisung

Die von TRIEPEL erkannten Möglichkeiten von Zuständigkeitsänderungen und die von ihm vorgenommene Untergliederung der Delegation in "echte" und "unechte" Delegationen sind nicht erschöpfend. Über die im TRIEPELSchen Delegationssystem enthaltenen Delegationsarten hinaus sind Änderungen der Zuständigkeitsordnung denkbar, bei denen der Delegatar zwar im eigenen Namen und in eigener Verantwortung bisherige Kompetenzen des Deleganten erfüllen soll, wobei sich jedoch der Delegatar nach den Beschlüssen des Deleganten zu richten hat.

Eine "echte" Delegation kann diese Änderung der Zuständigkeitsordnung ihrem Begriffe nach nicht sein, da die außerordentliche Zuständigkeit des Delegatars nicht im gleichen Umfange, wie sie bisher der Delegant innehatte, begründet wird. Andererseits ist diese Zuständigkeitsänderung ihrem Wesen nach keine "unechte, konservierende" Delegation, da der Delegant seine bisherige ordentliche Zuständigkeit mit Ausnahme des ihm weiterhin verbleibenden Beschlußrechts aufgibt und nicht etwa konkurrierend beibehält.

Eine "unechte, zuweisende" Delegation liegt hier begrifflich bereits deshalb nicht vor, weil die Zuständigkeitsänderung auf dem Willen des an Zuständigkeit verlierenden Rechtssubjekts beruht. Schließlich scheidet auch die Annahme eines Mandats in diesen Fällen aus, da der Hoheitsträger, der die ihm übertragenen Kompetenzen ausübt, nicht etwa im fremden Namen, sondern unter eigener Verantwortung im eigenen Namen handelt.

Diese besondere Form der Zuständigkeitsänderung stellt demnach eine weitere Unterart der Delegation, und zwar der "unechten" Delegation dar, die sich ihrem Inhalt und Wesen nach am besten als "Delegation zur eigenverantwortlichen Erfüllung nach Weisung" bezeichnen läßt.

DRITTER ABSCHNITT: DIE EINZELNEN FÄLLE DER DELEGATION VON
HOHEITSRECHTEN DURCH GEMEINDEN AUF GE-
MEINDEN UND GEMEINDEVERBÄNDE

1. Kapitel: Die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden

auf Gemeinden auf Grund öffentlich-rechtlicher

Vereinbarung

§ 9 Begriff und Rechtsgrundlage der öffentlich-rechtlichen
Vereinbarung

Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Gemeinden untereinander, zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden oder zwischen Gemeindeverbänden untereinander, der stets mit Rechtswirkung gegenüber Dritten ausgestattet ist und in der Regel eine Änderung der bestehenden Zuständigkeitsordnung bewirkt. Inhalt, Gestaltungsmöglichkeiten und Wirksamkeitsvoraussetzungen sind in den einzelnen Landesgesetzen verschieden geregelt.

Rechtsgrundlage der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung sind in den Ländern Bayern, Hessen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein sowie im Saarland die Bestimmungen der §§ 13 und 14 des Reichszweckverbandsgesetzes vom 7.6.1939 (im folgenden: RZwVG) ¹⁾, das nach Art. 123 Abs. 1 i.V. mit Art. 125, 70, 74 GG weiter gilt. Die Be-

1) RGB1 I S. 979, ergänzt durch die Verordnungen vom 11.6.1940 (RGB1. I S. 876) und vom 24.7.1941 (RGB1. I S. 464). Vom Reichsgesetzgeber ist dieses Gesetz schlicht als "Zweckverbandsgesetz" benannt worden; doch empfiehlt es sich, dieses Gesetz als "Reichszweckverbandsgesetz" zu bezeichnen, da es ursprünglich im gesamten Reich galt und sich unter dieser Bezeichnung deutlicher von den landesgesetzlichen Neuregelungen abhebt. Die Bezeichnung "Reichszweckverbandsgesetz" hat sich inzwischen in der Kommunalwissenschaft eingebürgert; vgl. GRAFE, DÖV 1961, S. 521; KLÜBER, Gemeinde 1959 S. 68; VON LOEBELL, SKV 1961 S. 141; ODENBREIT, Gemeinderat 1961 S. 153 ff.; REHM, WGZ 1963 S. 253; ROTHE, DÖV 1960 S. 921; SEYDEL S. 105 Fußn. 1; STORSBERG, Gemeinderat 1959 S. 89; WOLFF Bd. II § 91 (S. 210 ff.), § 92 (S. 214 ff.).

stimmungen des Art. 122 Abs. 1 bay GemO ²⁾ und des § 140 Abs. 1 des GemO heben den Weiterbestand des RZwVG ausdrücklich hervor. Von der Möglichkeit einer Neuregelung haben bisher die Länder Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz Gebrauch gemacht. Das Land Rheinland-Pfalz hat sich durch Änderungsgesetz vom 3.12.1954 ³⁾ (im folgenden: rhpf ZwVG) mit der Neufassung des RZwVG begnügt und unter Angleichung einzelner Vorschriften an das rhpf Selbstverwaltungsgesetz ⁴⁾ im wesentlichen die Bestimmungen des RZwVG übernommen. In den Ländern Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen sind Gesetze mit teilweise neuen Formen zwischengemeindlicher Zusammenarbeit erlassen worden: in Nordrhein-Westfalen das Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit vom 26.4.1961 (im folgenden: nw KGemG) ⁵⁾ und in Baden-Württemberg das Zweckverbandsgesetz vom 24.7.1963 (im folgenden: bw ZwVG) ⁶⁾.

Nach § 13 Abs. 1 RZwVG und rhpf ZwVG besteht das Wesen der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung darin, daß Gemeinden und Gemeindeverbände an Stelle der Bildung eines Zweckverbandes zur Erfüllung einer bestimmten ⁷⁾ Aufgabe vereinbaren

2) Ebenso in Art. 110 Abs. 1 bay LKO.

3) (rhpf GVBl. S. 171) i.d.F. des Gesetzes v. 26.7.1961 (rhpf GVBl. S. 145) u.v. 30.10.1962 (rhpf GVBl. S. 171).

4) Selbstverwaltungsgesetz für Rheinland-Pfalz v. 1948 i.d.F. v. 5.10.1954 (SVG); eine Neufassung des rhpf SVG ist durch das Gesetz v. 25.9.1964 (rhpf GVBl. S. 145) erfolgt.

5) nw GVBl. S. 190. Eine amtliche Abkürzung des Gesetzes besteht nicht. Die von WOITE (S. 119) verwendete Abkürzung "GKG" ist unglücklich gewählt, da sie zu Verwechslungen mit dem Gerichtskostengesetz führt. Aus dem gleichen Grunde ist die von GRAFE (DÖV 1961 S. 521) gebrauchte Abkürzung "GkG" abzulehnen. Die von HIPPEL-REHBORN (unter Nr. 22) gewählte Abkürzung "ZweckverbG" ist zu eng gefaßt, da das Gesetz neben dem Zweckverband weitere Formen kommunaler Gemeinschaftsarbeit ermöglicht. Die Abkürzung ODENBREITS "KommG" (vgl. ODENBREIT-HENSEL S. 151 ff., 192 ff; ODENBREIT, Gemeinderat 1961 S. 153 ff.) ist sprachlich ungeschickt und mißverständlich. Eher empfiehlt sich die von WOLFF (Bd. II passim) angewandte Bezeichnung "KomGemG". Im folgenden findet die in der Verwaltungspraxis häufig verwendete (vgl. Amtsbl. der Regbez. Arnshagen u. Münster 1961 ff) und sich durchsetzende Abkürzung "KGemG" Anwendung.

6) Bw GVBl. S. 114 (SaBl. S. 1065)

7) Sperrung durch den Verf.

können, daß einer der Beteiligten gegen angemessene Entschädigung seitens der übrigen die gemeinsame Aufgabe erfüllt oder den übrigen Beteiligten die Mitbenutzung einer von ihm betriebenen Einrichtung einräumt.

Die Bestimmung des § 23 Abs. 1 nw KGemG faßt den Rahmen für die Möglichkeit einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung weiter: Gemeinden und Gemeindeverbände können vereinbaren, daß einer der Beteiligten *e i n z e l n e* ⁸⁾ Aufgaben der übrigen Beteiligten in seine Zuständigkeit übernimmt oder sich verpflichtet, solche Aufgaben für die übrigen Beteiligten durchzuführen. Die Möglichkeit, daß ein Beteiligter einem anderen die Mitbenutzung einer von ihm betriebenen Einrichtung gestattet, ist bereits mit dieser Bestimmung gegeben. Daß der Gesetzgeber von dieser Möglichkeit im Rahmen des § 23 Abs. 1 ausgeht, ergibt sich ferner aus § 25 dieses Gesetzes, wonach die zur Erfüllung gemeinsamer Aufgaben verpflichtete Körperschaft ermächtigt werden kann, die Benutzung einer Einrichtung durch eine für das gesamte Gebiet der Beteiligten geltende Satzung zu regeln.

Das bw ZwVG faßt im § 21 Abs. 1 den Rahmen der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung im Vergleich zum nw KGemG wiederum etwas enger, indem es nur dazu ermächtigt, daß eine der beteiligten Körperschaften (Gemeinden und Landkreise) bestimmte Aufgaben für alle Beteiligten erfüllt, insbesondere den übrigen Beteiligten die Mitbenutzung einer von ihr betriebenen Einrichtung gestattet; es sieht jedoch nicht wie das nw KGemG die Möglichkeit vor, daß eine der beteiligten Körperschaften sich lediglich zur Durchführung bestimmter Aufgaben für die übrigen Beteiligten verpflichtet. Andererseits enthält das bw ZwVG ebenso wie das nw KGemG einen im Vergleich zum RZwVG und rhpf ZwVG weitergehenden Rahmen, da es die öffentlich-rechtliche Vereinbarung nicht nur für *e i n e* bestimmte Aufgabe, sondern für eine Mehrzahl bestimmter Aufgaben vorsieht.

8) Sperrung durch den Verf.

Abgesehen von den in den aufgeführten Landesgesetzen vorhandenen Nuancierungen besteht das typische Wesensmerkmal einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung darin, daß bei der vereinbarten Zuständigkeitsänderung stets einer der an der Vereinbarung Beteiligten Träger der delegierten Hoheitsrechte wird und daß die Beteiligten nicht - wie bei dem im nächsten Kapitel zu behandelnden Zweckverband - durch Zusammenschluß einen neuen Zuständigkeits- und Hoheitsträger bilden.

Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung stellt eine besondere Form des öffentlich-rechtlichen Vertrages dar.

Zurückgehend bis auf BINDING ⁹⁾, der als erster das Wesen der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung von demjenigen des öffentlich-rechtlichen Vertrages dogmatisch abgegrenzt hat, sieht die Verwaltungslehre ¹⁰⁾ die öffentlich-rechtliche Vereinbarung als Unterart des öffentlich-rechtlichen Vertrages an.

Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung ist als öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen den beteiligten Gemeinden und Gemeindeverbänden ein Akt der Rechtsetzung und somit Rechtsquelle, da die in ihm enthaltenen abstrakten Regelungen nicht nur die beteiligten Hoheitsträger, sondern auch Dritte, darunter besonders die Gemeindeglieder sowie die Benutzer der gemeindlichen Einrichtungen binden ¹¹⁾. Es bedarf daher für das gültige Zustandekommen einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung der genauen Einhaltung des materiellen und formellen Rechtsetzungsverfahrens; neben dem Beschluß der Vertretungsorgane der an der Vereinbarung Beteiligten sind Schriftform und öffentliche Bekanntmachung der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung erforderlich.

Soweit in der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zugleich Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Hoheitsträgern geregelt werden, wie z.B. den finanziellen Ausgleich, stellen diese besonderen Regelungen keine Rechtsquellen dar, sondern sind ihrer Rechts-

9) BINDING S. 69 f.

10) FLEINER S. 82; FORSTHOFF § 14 (S. 249); GAHLEN S. 54 f.; PAGENKOPF S. 122; SEYDEL S. 26; WOLFF Bd. I § 25 X (S. 113 f.).

11) Vgl. Begr. zu § 3 RegEntw zum nw KGemG; FLEINER S. 82 f. mit weit.ausf.Hinw. in Fußn. 55; GAHLEN S. 56 mit weit.Hinw.; KÖNIG, RVBl 1941 S. 486; WOLFF Bd. I a.a.O.

natur nach Bestandteile eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, der allein die Beteiligten bindet ¹²⁾.

Die vielfachen Beteiligungsformen von Hoheitsträgern an einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung und die hierbei vorkommenden, aus dem Wesen der jeweiligen Beteiligten sich ergebenden Besonderheiten machen es im Interesse einer systematischen Darstellung erforderlich, in diesem Kapitel zunächst die bei einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen kreisfreien oder kreisangehörigen Gemeinden untereinander erfolgenden Delegationen von Hoheitsrechten einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen.

Darüber hinaus sind auch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zwischen kreisangehörigen Gemeinden und Samtgemeinden oder Landkreisen sowie zwischen kreisfreien Gemeinden und höheren Gemeindeverbänden möglich. Delegationen auf Grund solcher öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen werden in den nachfolgenden Kapiteln 3.) bis 5.) behandelt.

Soweit Gemeinden untereinander öffentlich-rechtliche Vereinbarungen abschließen, erübrigt sich die Frage, ob zwischen den an einer Delegation beteiligten Hoheitsträgern Gleichheit der rechtsstaatlich-demokratischen Grundstruktur besteht. Da öffentlich-rechtliche Vereinbarungen nur zwischen Gemeinden innerhalb eines Landes geschlossen werden können ¹³⁾, liegt in diesen Fällen stets eine Strukturkongruenz vor.

12) WOLFF Bd. I § 25 X (S. 114).

13) Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen über die Ländergrenzen hinaus sehen die Bestimmungen des nw KGemG, des bw und rhpf ZwVG nicht vor. Nach dem RZwVG waren z.Zt. der Geltung des Gesetzes über den Neuaufbau des Reichs vom 30.1.1934 (RGBl. I S. 75) öffentlich-rechtliche Vereinbarungen über die früheren Ländergrenzen hinaus im gesamten Reichsgebiet möglich. Seit dem Wiederaufleben der Staatsgewalt der Länder wird sich eine der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung entsprechende Regelung über die Landesgrenzen hinweg nur mittels eines Staatsvertrages zwischen den betroffenen Ländern durchführen lassen.

§ 10 Die Ermächtigungsgrundlagen zur Delegation von Hoheitsrechten bei öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen

I. Im Geltungsbereich des RZwVG und des rhpf ZwVG ist die Ermächtigungsgrundlage zur Delegation von Hoheitsrechten auf Grund öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen in der Bestimmung des § 13 Abs. 1 dieser Gesetze enthalten.

Diese Bestimmung lautet:

" Gemeinden und Gemeindeverbände können an Stelle der Bildung eines Zweckverbandes zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe vereinbaren, daß einer der Beteiligten gegen angemessene Entschädigung seitens der übrigen die gemeinsame Aufgabe erfüllt oder den übrigen Beteiligten die Mitbenutzung einer von ihm betriebenen Einrichtung einräumt."

Ihrem Wortlaut und Inhalt nach spricht diese Bestimmung dafür, daß hier eine Ermächtigung zu einer "echten" Delegation vorliegt; denn eine Gemeinde (oder ein Gemeindeverband), die für die anderen an einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung beteiligten Hoheitsträger eine "gemeinsame Aufgabe erfüllt", wird an Stelle der Beteiligten als außerordentlicher Hoheitsträger in alleiniger Verantwortung tätig.

Diese Folgerung wird durch die in § 13 Abs. 2 RZwVG und rhpf ZwVG enthaltene Vorschrift bestätigt:

" Wird vereinbart, daß eine Körperschaft eine den Beteiligten gesetzlich obliegende Aufgabe erfüllt, so werden die übrigen Körperschaften durch die Vereinbarung von der gesetzlichen Pflicht befreit."

Da nach dieser Bestimmung die übrigen Körperschaften von ihrer gesetzlichen Pflicht befreit werden, ergibt sich hieraus zwangsläufig, daß diese nicht mehr Träger der ihnen bisher gesetzlich obliegenden Pflichtaufgaben sein können, sondern daß die Aufgaben vollverantwortlich auf die übernehmende Gemeinde oder den übernehmenden Gemeindeverband (im folgenden: GV) übergegangen sind.

Soweit es sich um freiwillige Selbstverwaltungsangelegenheiten handelt, war eine derartige Regelung nicht erforderlich, da die Gemeinde insoweit keine gesetzlichen Pflichten hat, sondern lediglich der aufsichtsbehördlichen Rechtskontrolle unterliegt.

Soweit schließlich § 13 Abs. 1, 2. Halbs. RZwVG und rhpf ZwVG daneben die Möglichkeit vorsieht, daß eine der beteiligten Gemeinden (GV) den übrigen Beteiligten die Mitbenutzung einer von ihr betriebenen Einrichtung einräumt, ist diese Ermächtigung als einzeln aufgeführter Sonderfall der im übrigen allgemein gefaßten Ermächtigungsgrundlage aufzufassen. Bei einer Einräumung der Mitbenutzung einer Einrichtung liegt eine Übernahme einer bestimmten Aufgabe zur Erfüllung und demnach eine "echte" Delegation vor.

II. Deutlicher ist die im nw KGemG enthaltene Ermächtigungsgrundlage abgefaßt. § 23 Abs. 1 und 2 dieses Gesetzes bestimmt:

"Gemeinden und Gemeindeverbände können vereinbaren, daß einer der Beteiligten einzelne Aufgaben der übrigen Beteiligten in seine Zuständigkeit übernimmt oder sich verpflichtet, solche Aufgaben für die übrigen Beteiligten durchzuführen.

Übernimmt ein Beteiligter eine Aufgabe der übrigen in seine Zuständigkeit, so gehen das Recht und die Pflicht zur Erfüllung der Aufgabe auf ihn über. Verpflichtet sich einer der Beteiligten, eine Aufgabe für die übrigen durchzuführen, so bleiben deren Rechte und Pflichten als Träger der Aufgabe unberührt."

Die Bestimmung des § 23 nw KGemG unterscheidet somit klar zwischen der Übernahme einer Aufgabe zur Erfüllung einerseits und der Übernahme zur Durchführung andererseits. Bei der Übernahme zur Erfüllung handelt es sich um eine "echte" Delegation, da mit dem Übergang des Rechts und der Pflichten zur Erfüllung der Aufgaben auch die Begründung einer neuen Zuständigkeit des Delegatars verbunden ist ¹⁾.

1) So ausdrücklich die VerwVO zu § 23 nw KGemG (v. 20.7.1961 MinBl NW S. 1260); allerdings spricht diese VerwVO anscheinend noch unter dem Einfluß der TRIEPELschen Delegationslehre von einem "Übergang der Zuständigkeit", der mit der Übernahme einer Aufgabe zur Erfüllung verbunden sei.

In der Übernahme zur Durchführung einer Aufgabe ist ein Mandat zu sehen, da hier die durchführende Gemeinde oder der durchführende Gemeindeverband lediglich Organ der übrigen Beteiligten wird und da im übrigen die Zuständigkeit der übrigen Beteiligten zur Wahrnehmung der Aufgabe unberührt bleibt ²⁾).

III. Ebenso deutlich ist die in § 21 Abs. 1 bw ZwVG enthaltene Ermächtigungsgrundlage abgefaßt, die wie folgt lautet:

"Gemeinden und Landkreise können vereinbaren, daß eine der beteiligten Körperschaften bestimmte Aufgaben für alle Beteiligten erfüllt, insbesondere den übrigen Beteiligten die Mitbenutzung einer von ihr betriebenen Einrichtung gestattet.

Durch die Vereinbarung gehen das Recht und die Pflicht der übrigen Körperschaften zur Erfüllung der Aufgaben auf die übernehmende Körperschaft über."

Hier liegt ebenfalls klar erkennbar eine Ermächtigung zu einer "echten" Delegation vor. Ein Mandat hat der baden-württembergische Landesgesetzgeber in dieser Bestimmung nicht ausdrücklich vorgesehen; doch kann ein Mandat auch ohne Ermächtigungsgrundlage erteilt werden ³⁾). Die Möglichkeit, daß eine der beteiligten Körperschaften den übrigen Beteiligten die Mitbenutzung einer von ihr betriebenen Einrichtung gestattet, ist in der vorerwähnten Bestimmung deutlich als Unterfall der Übernahme zur Erfüllung bestimmter Aufgaben, also der "echten" Delegation, kenntlich gemacht worden.

IV. In sämtlichen vorbehandelten Landesgesetzen ist die im wesentlichen gleichlautende Bestimmung enthalten, daß durch die öffentlich-rechtliche Vereinbarung die zur Erfüllung gemeinsamer Aufgaben verpflichtete Körperschaft ermächtigt werden kann, die öffentliche Benutzung einer Einrichtung durch eine für das gesamte Gebiet der Beteiligten geltende Satzung zu regeln, und daß die Körperschaft im Geltungsbereich der Satzung alle zur Erfüllung erforderlichen Maßnahmen wie im eigenen Gebiet treffen kann (§ 14 RZwVG und rhpf ZwVG; § 25 nw KGemG; § 22 bw ZwVG).

2) Vgl. VerwVO zu § 23 KGemG.

3) Vgl. oben § 7 IV (S. 57).

Aus dem Bestehen dieser besonderen Regelung ergibt sich, daß die oben behandelten allgemeinen Ermächtigungsgrundlagen nicht ohne weiteres zur Delegation der Zuständigkeit zum Erlaß einer Satzung auf dem übertragenen Aufgabengebiet ermächtigen. Vielmehr müssen in der jeweiligen öffentlich-rechtlichen Vereinbarung besondere Bestimmungen getroffen werden, wenn mit der Übernahme zur Erfüllung einer Aufgabe auch die Zuständigkeit zum Erlaß einer Satzung zur Regelung der Benutzung einer Einrichtung für das gesamte Gebiet der Beteiligten begründet werden soll ⁴⁾.

Die Bestimmung des § 25 nw KGemG schränkt die Ermächtigung zur Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen ausdrücklich auf die Fälle der Übernahme einer Aufgabe zur Erfüllung, also auf die Fälle der "echten" Delegation ein, so daß die Zuständigkeit zum Erlaß von Satzungen grundsätzlich nicht bei einer bloßen Übernahme zur Durchführung, einem Fall des Mandats, begründet werden kann.

In praktischer Hinsicht wirkt sich diese Möglichkeit der Erweiterung der Geltung gemeindlichen Satzungsrechts über das Gemeindegebiet hinaus für die die Einrichtung betreibende Gemeinde vorteilhaft aus.

Vor Bestehen dieser besonderen Ermächtigungsgrundlage waren die Gemeinden z.B. bei dem Betrieb eines Wasserwerks, dessen Einrichtung auch benachbarten Gemeinden zugute kommen sollte, gezwungen, außerhalb ihres Gemeindegebietes mit den Benutzern der Einrichtung privat-rechtliche Wasserlieferungsverträge zu schließen. Dies hatte den Nachteil, daß diese Gemeinden keine Gebühren erheben konnten, sondern lediglich auf privatrechtliches Entgelt angewiesen waren. Ferner wirkte sich nachteilig aus, daß die die Einrichtung betreibende Gemeinde auf dem Zivilrechtsweg gegen zahlungssäumige Benutzer vorgehen mußte, während sie innerhalb ihres Gemeindegebiets in gleichen Fällen das Verwaltungszwangsverfahren betreiben konnte. Ebenfalls konnten die die Einrichtung betreibenden Gemeinden auf die außerhalb ihres Gemeindegebiets befindlichen Anlieger keinen Anschluß- oder Benutzungszwang ausüben.

4) So ausdrücklich die VerwVO zu § 25 nw KGemG.

Andererseits sind die Gemeinden durch die Möglichkeit der Delegation von Satzungsrechtsbefugnissen davon befreit, die zumeist schwerfällige und aufwendige Form des Zweckverbandes wählen zu müssen. In vielen Fällen würde die Bildung eines Zweckverbandes, der eine eigene Verwaltungsorganisation erfordert, in keinem Verhältnis zu den durch die Einbeziehung weiterer, außerhalb des Gemeindegebiets wohnender Benutzer erzielbaren Vorteilen stehen. Oft würde auch bereits der Gedanke für eine Gemeinde hemmend wirken, daß sie ihre bisher alleinverantwortliche Trägerschaft einer gemeindlichen Einrichtung an einen Zweckverband abgeben müßte. Alle diese Hemmnisse vermag die den einzelnen Gegebenheiten wesentlich anpassungsfähigere öffentlich-rechtliche Vereinbarung, die keine besondere Verwaltungsorganisation benötigt, sondern auf eine bereits vorhandene zurückgreift, und die die Trägerschaft der bisher eine Einrichtung betreibenden Gemeinde unberührt läßt, auszuräumen.

Bedenken an der Recht- und Verfassungsmäßigkeit der Erweiterung gemeindlicher Satzungsgewalt über das Gemeindegebiet hinaus äußert bisher allein GÖNNENWEIN ⁵⁾).

Er vertritt die Ansicht, die Hoheitsgewalt sei grundsätzlich auf das Gebiet der Gemeinden beschränkt; daher sei es nötig, daß sämtliche beteiligten Gemeinden eine Satzung über den Anschluß- und Benutzungszwang erlassen müßten.

Der Auffassung GÖNNENWEINS kann nicht beigetreten werden. Sie findet in keiner verfassungsrechtlichen oder gesetzlichen Bestimmung eine Stütze. Bereits das Grundgesetz gestattet in Art. 80 die "Übertragung", also die Delegation bundesstaatlicher Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen. In Art. 80 GG ist keine dahingehende Einschränkung enthalten, daß eine "Übertragbarkeit" rechtsetzender Gewalt ausgeschlossen sei. Bedenken an der Rechtmäßigkeit einer Delegation von Satzungsrechtsbefugnissen bestünde nur, wenn - wie bereits im ersten Abschnitt ⁶⁾ im einzelnen aufgeführt wurde - eine Gemeinde ihre gesamte Autonomie auf einen anderen Hoheitsträger delegieren würde oder wenn dieser andere Träger nicht dieselbe rechtsstaatlich-demokratische Grundkonzeption aufwiese.

⁵⁾ GÖNNENWEIN S. 517 Fußn. 38.

⁶⁾ Vgl. oben § 2 IV 3) (S. 26 f.).

Der Verzicht einer Gemeinde auf die Ausübung einzelner Teile ihrer essentiellen Hoheitsrechte auf einem konkret umrissenen Aufgabensektor und ihre gleichzeitige, einer anderen Gemeinde erteilte Ermächtigung zur Ausdehnung deren Hoheitsgewalt auf das Gebiet der delegierenden Gemeinde stoßen auf keine Rechtsbedenken, sofern der ermächtigenden Gemeinde die Autonomie und sonstige essentielle Hoheitsgewalt in ihrem Kern erhalten bleibt.

Der Wesenskern der gemeindlichen Satzungsgewalt würde allerdings dann ausgehöhlt werden, wenn eine Gemeinde durch Häufung an sich im jeweiligen Einzelfall zulässiger Delegationen von Satzungsrechtsbefugnissen sich des größten Teils oder sogar der Gesamtheit ihrer delegierbaren Satzungsgewalt entäußern würde. Es braucht sich hierbei nicht einmal um Fälle zu handeln, in denen Gemeinden aus Bequemlichkeit oder aus fehlendem Verantwortungsbewußtsein im Übermaße Hoheitsrechte an Nachbargemeinden delegieren. Die Gefahr einer solchen unzulässigen Häufung von Delegationen wird eher in solchen Fällen vorhanden sein, in denen mittellose oder an sich finanziell leistungsfähige, jedoch unter großem Personalmangel leidende Gemeinden gezwungen sind, die Einrichtungen benachbarter Gemeinden mit in Anspruch zu nehmen und hierbei auf die Ausübung eigener Hoheitsgewalt verzichten zu müssen.

Zweifel an der Recht- und Verfassungsmäßigkeit bestehen demnach nicht bei solchen öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen, die in einem vertretbaren Maße die Delegation von Satzungsrechtsbefugnissen zur Benutzung einer gemeindlichen Anstalt oder einzelner Einrichtungen auf einen anderen Hoheitsträger, der mit der delegierenden Gemeinde eine gleiche oder sogar kongruente Verfassungsstruktur aufweist, enthalten.

Die auf § 14 RZwVG und rhpf ZwVG, § 25 nw KGemG und § 22 bw ZwVG beruhenden Ermächtigungsgrundlagen sind somit verfassungsmäßig. Eine sich auf diese Ermächtigungsgrundlagen stützende und in dem vorgesehenen gesetzlichen Rahmen bleibende Delegation von Satzungsrechtsbefugnissen ist demnach rechtmäßig.

Es stellt sich ferner die Frage, ob die Delegation von Satzungsrechtsbefugnissen nach den vorgenannten Ermächtigungsgrundlagen eine "echte" oder nur eine "unechte, konservierende" Delegation

darstellt, ob also die delegierende Gemeinde ihre Zuständigkeit zum Erlaß einer Satzung für den übertragenen Aufgabenkreis völlig verliert oder nicht.

Die Delegation von Satzungsrechtsbefugnissen kann nach den aufgeführten landesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen nur als Zusatzvereinbarung bei der Übernahme einer Aufgabe zur Erfüllung getroffen werden. Da die öffentlich-rechtliche Vereinbarung, die eine Übernahme einer Aufgabe zur Erfüllung zum Inhalt hat, nach den oben getroffenen Feststellungen ⁷⁾ eine "echte" Delegation darstellt, kann auch die Delegation von Satzungsrechtsbefugnissen nur eine "echte" Delegation sein. Doch kann diese "echte" Delegation von Satzungsrechtsbefugnissen neben der sich auf die jeweilige Aufgabe erstreckenden Beschränkung im Einzelfall auch räumlich begrenzt sein. Zur Verdeutlichung soll folgendes Beispiel dienen:

Die Gemeinde X hat eine von ihrem Ortskern entfernt an der Gemeindegrenze zur Nachbargemeinde Y gelegene Randsiedlung. Zwischen den Gemeinden X und Y wird eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung getroffen, nach der sich die Gemeinde Y verpflichtet, die Randsiedlung der Gemeinde X mit Strom und Wasser zu versorgen und die Müllabfuhr zu besorgen. Die Gemeinde Y wird von der Gemeinde X ermächtigt, den Anschluß und die Benutzung des Y-eigenen Elektrizitäts- und Wasserwerks sowie der Müllabfuhr durch eine das Gebiet der Randsiedlung umfassende Satzung zu regeln.

In diesem Fall gibt die Gemeinde X ihre Zuständigkeit zur Erfüllung dieser einzelnen Aufgaben sowie zur Regelung dieses Aufgabengebiets durch eigene Satzungen nur für den Teil ihres Gemeindegebietes, auf dem die Randsiedlung gelegen ist, völlig auf. Es bleibt der Gemeinde X allerdings unbenommen, für das nicht von der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung umfaßte übrige Gemeindegebiet eigene Satzungen, die dasselbe Aufgabengebiet regeln, zu erlassen.

7) Siehe oben S. 65 ff.

V. Schließlich schränken die landesrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen, mit Ausnahme des bw ZwVG, die Delegation von gemeindlichen Hoheitsrechten dahingehend ein, daß das Recht zur Erhebung von Steuern nicht delegiert werden kann (§ 14 Abs. 2 S. 2 RZwVG und rhpf ZwVG; § 25 Abs. 2 S. 2 nw KGemG). Stattdessen können die als Delegatar (oder auch als Mandatar) tätig werdenden Gemeinden eine angemessene Entschädigung von den als Deleganten (bzw. Mandanten) an der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung beteiligten Gemeinden verlangen (§ 13 Abs. 1 RZwVG und rhpf ZwVG; die Bestimmung des § 23 Abs. 4 nw KGemG ist lediglich eine Sollvorschrift).

VI. Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung stellt ein bewegliches einfaches und praktikables Instrument für die zwischengemeindliche Zusammenarbeit dar, da sie auf die Bildung eines neuen, rechtlichen und selbständigen Aufgabenträgers mit besonderer Verwaltungsorganisation und eigenem Verwaltungsapparat verzichtet und sich damit begnügt, daß zwischen schon bestehenden Körperschaften Hoheitsrechte delegiert werden. Trotz dieser aufgezeigten Vorteile, die eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung mit sich bringt, verliert die delegierende Gemeinde im Geltungsbereich des RZwG jegliche Einflußmöglichkeit, da sie sich bei der "echten" Delegation ihrer Zuständigkeit für die Dauer der Vereinbarung völlig begibt und die Kompetenz ganz auf den Delegatar überträgt. Auch steht der delegierenden Gemeinde nicht - wie bei dem im nächsten Kapitel zu behandelnden Zweckverband - Sitz und Stimme in dem Vertretungsorgan der Körperschaft, auf die Hoheitsrechte delegiert wurden, zu.

Diese Nachteile haben die Landesgesetzgeber Nordrhein-Westfalens und Baden-Württembergs dadurch zu mindern gewußt, daß sie in ihren Gesetzen ausdrücklich ein Mitwirkungsrecht der delegierenden Gemeinde vorgesehen haben (§ 23 Abs. 2 nw KGemG, § 21 Abs. 2 bw ZwVG). Dieses Mitwirkungsrecht kann in der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung auf verschiedene Art und Weise festgelegt werden: beginnend mit einem bloßen Anhörungsrecht über ein Zustimmungsrecht bis zu einem Mitentscheidungsrecht ermöglicht es den delegierenden Gemeinden, weiterhin Einfluß auf das von ihnen delegierte Aufgabengebiet zu nehmen ⁸⁾.

8) Vgl. auch REHM, WGZ 1963 S. 258.

Durch dieses Mitwirkungsrecht wird das Institut der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung noch flexibler gemacht. Den einzelnen Bedürfnissen wird noch mehr als bisher Rechnung getragen. Ferner wird solchen Gemeinden, die sich ohne eine solche Mitwirkungsklausel scheuen würden, Hoheitsrechte zu delegieren, die Einwilligung zum Abschluß einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung erleichtert. In ihren tatsächlichen Auswirkungen kommt dieses Mitbestimmungs- und entscheidungsrecht in seinen Auswirkungen den bestehengebliebenen Rechten des Deleganten bei einer "unechten, konservierenden" Delegation sehr nahe. Dennoch bleiben die öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen trotz der den Deleganten eingeräumten Mitwirkungsrechte ihrem Begriffe nach "echte" Delegationen, da sich die Deleganten bei Abschluß dieser Vereinbarungen ihrer bisherigen Zuständigkeiten zugunsten der Delegatäre begeben haben.

Nach § 23 Abs. 3, 2. Halbs. nw KGemG erstreckt sich das Mitwirkungsrecht der delegierenden Gemeinde (GV) auch auf die Bestellung von Dienstkräften. Diese zusätzliche Bestimmung⁹⁾ gibt den delegierenden Gemeinden die Möglichkeit, in dem Umfange, in welchem ihre eigenen Dienstkräfte bei der Erfüllung oder Durchführung der von der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung umfaßten einzelnen Aufgaben eingesetzt werden, weiterhin eigene Personalhoheit auszuüben. Eine Ermächtigungsgrundlage zur Delegation auch nur eines Teiles der Personalhoheit ist indessen in der vorgenannten Gesetzesbestimmung nicht enthalten.

Im RZwVG und im rhpf ZwVG fehlt eine Regelung über die Möglichkeit eines Mitwirkungsrechts. In der Praxis wurde vielfach ein Anhörungsrecht und Zustimmungsrecht in die öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen hineingenommen. Doch war und ist diese Möglichkeit im Anwendungsbereich des RZwVG und des rhpf ZwVG immer noch zweifelhaft und umstritten¹⁰⁾.

9) Darüberhinaus ist den Gemeinden nach § 27 nw KGemG die Möglichkeit gegeben, sich u.a. gegenseitig Dienstkräfte zur Verfügung zu stellen und somit Verwaltungsgemeinschaften zu bilden. Diese Sonderform der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung wird im folgenden (§ 11) näher behandelt werden.

10) Vgl. REHM a.a.O.

VII. Eine Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden kann nicht befristet erfolgen. Da Delegation die einverständliche Aufgabe einer ordentlichen Zuständigkeit unter gleichzeitiger Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit mit Kompetenzübergang bedeutet, würde eine unbefristete und unkündbare Delegation diese außerordentlich begründete Zuständigkeit des Delegatars praktisch zu einer ordentlichen Zuständigkeit machen. Auch würde durch eine unbefristete Delegation ohne Kündigungsmöglichkeit dem Deleganten die letzte Einflußmöglichkeit, nämlich die Kompetenz wieder an sich zu ziehen und die ordentliche Zuständigkeit wieder zu begründen, genommen. Eine unbefristete Delegation ohne Kündigungsmöglichkeit ist daher unzulässig.

Das RZwVG und das rhpf ZwVG sehen keine Befristung oder Kündigungsmöglichkeit vor. Aus dem Schweigen der Gesetzgeber kann indessen nicht geschlossen werden, daß eine unbefristete und unkündbare Delegation zulässig sei. Da eine Delegation "auf Dauer" ohne jedwede Aufhebungsmöglichkeit nicht zulässig ist, wird man die Möglichkeit der Kündigung einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung aus wichtigem Grund zulassen müssen ¹¹⁾, falls nicht bereits die an der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung Beteiligten eine Kündigungsklausel oder eine bestimmte Geltungsfrist vereinbart haben ¹²⁾.

In den Ermächtigungsgrundlagen des nw KGemG und des bw ZwVG sind demgegenüber eingehende Kündigungsvorschriften enthalten:

Nach § 23 Abs. 5 nw KGemG ist Wirksamkeitsvoraussetzung einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, daß diese die Bestimmung enthalten muß, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form sie von einem Beteiligten gekündigt werden kann, falls die Geltungsdauer der Vereinbarung nicht bereits befristet ist oder die Frist mehr als 2 Jahre beträgt.

11) Es bestehen keine Bedenken, dem besonderen Rechtsgrundsatz von der "Kündigung aus wichtigem Grund" im öffentlichen Recht, speziell im Zweckverbandsrecht Geltung zu verschaffen. (Zum Begriff "besonderer Rechtsgrundsatz" i.G. zur Analogie vgl. WOLFF I § 25 I a) 2 und § 28 III.).

12) Ebenso GAHLEN S. 78.

Nach § 21 Abs. 3 bw ZwVG muß die öffentlich-rechtliche Vereinbarung die Voraussetzungen bestimmen, unter denen sie von einem Beteiligten gekündigt werden kann, falls die Geltungsdauer der Vereinbarung nicht befristet ist.

VIII. Nach sämtlichen Ermächtigungsbestimmungen ist ferner zwingend vorgeschrieben, daß die Vereinbarung schriftlich abzuschließen ist (§ 21 Abs. 4 bw ZwVG; § 24 Abs. 1 nw KGemG), wobei es im Geltungsbereich des RZwVG sowie der rhpf ZwVG außerdem des ausdrücklichen Hinweises in der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung bedarf, daß die Vereinbarung "an Stelle der Bildung eines Zweckverbandes" erfolgt (§ 13 Abs. 2 S. 1 RZwVG und rhpf ZwVG), andernfalls die gesamte Vereinbarung nichtig ist ¹³⁾.

Über das sonstige Verfahren beim Abschluß einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung fehlen in den vorgenannten Zweckverbandsgesetzen besondere Regelungen. Es kommen daher die Vorschriften des allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsrechts ergänzend zur Anwendung. Wie jeder Vertrag des Zivil- und öffentlichen Rechts setzt auch die öffentlich-rechtliche Vereinbarung zwei oder mehrere übereinstimmende Willenserklärungen voraus ¹⁴⁾. Da der Abschluß der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung ein Akt der Rechtsetzung ist, bedürfen sämtliche Erklärungen, solche der delegierenden Gemeinden wie auch solche der Delegatare, jeweils eines gültigen Beschlusses der einzelnen Gemeindevertretungen. Ersatzbeschlüsse anderer Gemeindeorgane, in Nordrhein-Westfalen etwa des Hauptausschusses, können nicht als rechtswirksam anerkannt werden, da die Delegation gemeindlicher Hoheitsrechte den Bereich der Selbstverwaltung der delegierenden Gemeinden einengt.

13) Vgl. SEYDEL S. 135. Diese Folgerung läßt sich auch aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 125 BGB ziehen, der im öffentlichen Recht entsprechende Anwendung findet (vgl. FORSTHOFF S. 256; GAHLEN S. 43).

14) Über die Folgen von fehlerhaften gemeindlichen Verpflichtungserklärungen vgl. im einzelnen WOLFF Bd. II § 87 II c) (S. 172 ff).

Auch die Delegation staatlicher Hoheitsrechte ist stets zu den wichtigen Aufgaben zu zählen, über deren Beschlußfassung nur das jeweilige Gemeindevertretungsorgan ausschließlich zuständig sein kann ¹⁵⁾. Nach erfolgter Beschlußfassung haben die von den nach den einzelnen Gemeindeordnungen zuständigen Gemeindeorgane unterzeichneten Beschlüsse in Erklärungsform sämtlichen an der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung Beteiligten wirksam zuzugehen. In der Regel wird jede öffentlich-rechtliche Vereinbarung in mehrfachen Ausfertigungen allen Beteiligten zur Unterzeichnung durch die zuständigen Gemeindeorgane ¹⁶⁾ vorgelegt, so daß schließlich jede beteiligte Gemeinde im Besitze einer inhaltlich und formmäßig übereinstimmenden, von sämtlichen Vertragspartnern unterzeichneten Vertragsurkunde ist.

Weitere Wirksamkeitsvoraussetzung einer zwischengemeindlichen Vereinbarung ist die Genehmigung durch die jeweilige Aufsichtsbehörde ¹⁷⁾. Dieses Instrument der staatlichen Rechtmäßigkeitskontrolle ist besonders in den Fällen zu begrüßen, in denen die Gefahr besteht, daß sich Gemeinden durch eine übermäßige Häufung an sich zulässiger Delegationen ihrer gesamten oder doch eines großen Teils ihrer Hoheitsgewalt entäußern. Die vorgenommene aufsichtsbördliche Genehmigung vermag indessen Überschreitungen der gesetzlichen Ermächtigung oder Formmängel der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung nicht zu heilen ¹⁸⁾; denn die Aufgabe der Kommunalaufsicht besteht gerade darin, darüber zu wachen, daß sich die Gemeinden und Gemeindeverbände im Einklang mit Gesetz und Recht verwalten.

-
- 15) Auch zur Beschlußfassung über ein Mandat wird stets die Gemeindevertretung zuständig sein müssen. Zwar ist das Mandat kein Akt der Rechtsetzung; da das Mandat jedoch eine Änderung in der Zuständigkeitsausübung bewirkt, stellt es ebenfalls eine wichtige gemeindliche Angelegenheit dar, die nicht zum Kreis der laufenden Verwaltung gehören kann (vgl. § 24 Abs. 1 bw GemO; Art. 29 u. 30 bay GemO; §§ 9 u. 50 Abs. 1 he GemO; § 40 nds GemO; § 28 Abs. 1 nw GemO; § 34 Abs. 1 rhpf GemO; § 32 saarl GemO; § 41 schlh GemO.)
- 16) Nach § 37 Abs. 1 nw GemO müssen die im Rat gefaßten Beschlüsse in einer Niederschrift vom Bürgermeister, einem vom Rat zu bestimmenden Ratsmitglied und einem Schriftführer unterzeichnet werden; vgl. die entspr. Bestimmungen in: § 38 bw GemO; Art. 51 54 bay GemO; § 61 he GemO; § 49 nds GemO; § 42 rhpf GemO; § 46 saarl GemO; § 41 schlh GemO.
- 17) Vgl. § 13 Abs. 2 S. 2 i.V. mit § 7 Abs. 2 RZwVG u. rhpf ZwVG; § 24 Abs. 2 i.V. mit §§ 10, 29 Abs. 1 nw KGemG; § 21 Abs. 4 mit § 24 Abs. 2 bw ZwVG.
- 18) Vgl. DAVID S. 83; WOLFF Bd. I § 25 IX c) (S. 113).

Im Wege der Präventivaufsicht hat die Aufsichtsbehörde das Entstehen fehlerhafter Maßnahmen der Gemeinden und Gemeindeverbände zu verhindern ¹⁹⁾.

Schließlich muß jede öffentlich-rechtliche Vereinbarung, um wirksam zu werden, zusammen mit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung öffentlich bekanntgemacht werden.

Nach § 24 Abs. 3 nw KGemG besorgt die Aufsichtsbehörde die Veröffentlichung in ihrem amtlichen Veröffentlichungsblatt ²⁰⁾; die Beteiligten haben jedoch in der für ihre Bekanntmachung vorgeschriebenen Form auf die Veröffentlichung hinzuweisen. In Baden-Württemberg haben die Beteiligten selbst die Vereinbarung mit der Genehmigung öffentlich bekanntzumachen (§ 21 Abs. 5 bw ZwVG). Im RZwVG und rhpf ZwVG fehlt eine entsprechende Regelung; da indessen nach § 13 Abs. 2 S. 1, 1. Halbs. RZwVG und rhpf ZwVG "sonstige Vorschriften über die Rechtswirksamkeit der Verpflichtungserklärungen der einzelnen Beteiligten unberührt bleiben" und da ferner nach dem rechtsstaatlichen Verfassungsrecht ein Rechtssatz ohne ordnungsmäßige Verkündung keine Gültigkeit erlangen kann ²¹⁾, gilt dieser Grundsatz auch im Geltungsbereich des RZwVG und rhpf ZwVG. Sofern von den Beteiligten kein späterer Zeitpunkt bestimmt ist, wird die Vereinbarung am Tage nach der Bekanntmachung rechtswirksam ²²⁾. In Baden-Württemberg, wo die Beteiligten die öffentlich-rechtliche Vereinbarung selbst bekannt zu geben haben, tritt die Rechtswirksamkeit am Tage nach der letzten öffentlichen Bekanntmachung ein ²³⁾.

19) GAHLEN S. 47; PAGENKOPF S. 227.

20) Nach dem gemeinsamen Runderlaß des nw Innenministers und des nw Kultusministers v. 8.11.1961 (MBL.NW S. 1771) wird den Oberkreisdirektoren als unteren staatl. Verwaltungsbehörden ausdrücklich das aml. Veröffentlichungsblatt des Landkreises, den Schulämtern das aml. Veröffentlichungsblatt der kreisfreien Stadt oder des Landkreises, bei denen sie gebildet sind, zugewiesen.

21) Statt aller WOLFF Bd. I § 28 I a (S. 122 ff.) mit ausf. Hinweisen auf die Regelungen im GG und in den Landesverfassungen; über das genaue Verfahren der öffentl. Bekanntmachung gemeindlichen Ortsrechts in NW vgl. DAVID S. 46 ff.

22) Vgl. § 13 Abs. 2 i.V. mit § 11 Abs. 3 RZwVG und rhpf ZwVG; § 24 Abs. 4 nw KGemG.

23) § 21 Abs. 5 S. 2 bw ZwVG.

In der Verwaltungspraxis legen die Gemeinden den öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen vielfach rückwirkende Geltung bei. Daraus, daß die aufgezeigten Ermächtigungsgrundlagen die Frage der Rückwirkung nicht behandeln, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß Delegationen keine rückwirkende Kraft haben könnten. Ein allgemeines Verbot der Rückwirkung besteht nicht ²⁴). Gegen eine Rückwirkung bestehen keine Bedenken, solange der aus dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip abgeleitete Grundsatz der Vorhersehbarkeit für die von der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung betroffenen Dritten gewahrt bleibt. Ferner besteht für eine Rückwirkung keine Beschränkung, wenn die Delegation den durch sie Betroffenen lediglich Vorteile gewährt oder rechtlich unklare Schwebezustände beseitigt. Die Delegation kann allerdings grundsätzlich nicht über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage hinaus Rückwirkungen zeitigen ²⁵).

Von der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung als örtlicher Rechtsquelle sind die Satzungen zu unterscheiden, die die nach § 14 RZwVG und rhpf ZwVG, § 25 nw KGemG sowie nach § 22 bw ZwVG ermächtigten Gemeinden im Geltungsbereich der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung beschließen können. Bei diesen Satzungen müssen ebenfalls die förmlichen und materiellen Rechtsetzungsvoraussetzungen genau eingehalten werden. Sie bedürfen gleichfalls der aufsichtsbehördlichen Genehmigung. Diese Satzungen müssen ferner auf Initiative der ermächtigten Gemeinden (Delegatäre) auch in den Gebieten der delegierenden Gemeinden in der vorgeschriebenen Form, nämlich durch Veröffentlichung in einem amtlichen Verkündungsblatt oder in einer Tageszeitung, in kleineren Gemeinden auch durch Aushang an Bekanntmachungstafeln oder durch Ausschellen ²⁶) öffentlich bekanntgemacht werden.

IX. Genaue und umfassende Angaben darüber, in welchem Umfange und auf welchen Aufgabengebieten Gemeinden bisher im früheren Reich oder im heutigen Bundesgebiet auf Grund der vorgenannten Delegationen ermächtigungen öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen abgeschlossen haben, liegen - mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen (Stand: Ende 1958) - bisher nicht vor.

24) BVerfG in st.Rspr.:Urt.v.30.4.1952, BVerfGE Bd.1 S.264 (280); Urt.v.19.12.1961, Bd. 13 S.261 (271 f.); Urt.v.17.1.1967, Bd. 21 S. 106) (132); WOLFF Bd. I § 27 I c) (S.118 f.); DAVID S.63f.

25) Ebenso bei gemeindlichen Satzungen: DAVID S. 66 mit Hinw.auf PETERS, Lehrbuch S. 81.

26) Zu den Formen der öffentlichen Bekanntmachung vgl. im einzelnen DAVID S. 46 ff; näheres regelt in NW die I.VerwVO zu § 37 nw GemO v. 15.11.1952 (MBL.NW 1953 S. 1615 ff.(1620)).

Derartige Feststellungen ließen sich nur dann treffen, sofern man die Amtsblätter sämtlicher Aufsichtsbehörden oder - wie in Baden-Württemberg - die amtlichen Verkündungsblätter sämtlicher Gemeinden einer eingehenden Durchsicht unterzöge. Zahlreiche der insgesamt 425 Landkreise ²⁷⁾ verfügen zudem nicht einmal über ein eigenes amtliches Veröffentlichungsblatt, sondern benutzen das Amtsblatt des jeweiligen Regierungsbezirks.

Die bisher von den Ländern Baden-Württemberg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz in den letzten Jahren durchgeführten Erhebungen sind stets einheitlich unter Einschluß auch solcher öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen, an denen Gemeindeverbände beteiligt sind, durchgeführt worden ²⁸⁾.

27) Jahrbuch des Statistischen Bundesamts 1964 S. 293.

28) Nach Mitteilungen des Innenministeriums Baden-Württemberg, des Hessischen Statistischen Landesamts, des Niedersächsischen Verwaltungsamts, des Innenministeriums Nordrhein-Westfalen sowie des Statistischen Landesamts Rheinland-Pfalz ergibt sich folgende Übersicht:

Land	Anzahl der öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen	Stand
Baden-Württemberg	221	März 1962
Hessen	33	31. 5.1964
Niedersachsen	133	31.12.1963
Rheinland-Pfalz	179	31.12.1963

In Nordrhein-Westfalen bestanden am 31.12.1958 auf folgenden Aufgabengebieten öffentlich-rechtliche Vereinbarungen:

Feuerlöschwesen	38
Verwaltungsgemeinschaften	30
Tierzuchtwesen	19
Tierkörperbeseitigung	15
Veterinäraufgaben	13
Wasserversorgung	13
Gem.-Chem. Untersuchungsämter	12
Schulwesen	11
Forstwesen	10
Friedhofswesen	8
Gesundheitswesen	6
Entwässerung	6
Kassengemeinschaften	6
Müllabfuhr	5
Schlachthofgemeinschaften	2
Krankentransportgemeinschaften	2
Bodenreform	2
Obstbauberatung	1
Verschiedene	22
Gesamtzahl der ö.-r.Vgen.:	221

===

Eine nach den Regierungsbezirken in NW gegliederte Aufstellung befindet sich in der Diss. GAHLENS (S. 32 u. 33).

Nach den übereinstimmenden Beobachtungen des Deutschen Städtebundes ²⁹⁾, des Landkreistages Nordrhein-Westfalen ³⁰⁾ sowie des Gemeindetages Westfalen-Lippe ³¹⁾ ist festzustellen, daß das seit 1961 in Kraft befindliche nw KGemG bisher leider keine wesentlichen Impulse gesetzt hat; vielmehr haben die nw Gemeinden von dem Institut der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung nur zögernd Gebrauch gemacht. Auch das erst 1963 in Kraft getretene bw ZwVG hat bisher auf die Entwicklung der zwischenkommunalen Vereinbarungen keinen wesentlich fördernden Einfluß ausgeübt ³²⁾.

29) Dem Verf. mitgeteilt am 5. 11. 1965.

30) Dem Verf. mitgeteilt am 21.10. 1965.

31) Dem Verf. mitgeteilt am 3. 11. 1965.

32) Nach Mitteilung des Innenministeriums Baden-Württemberg vom 2. 11. 1965.

§ 11 Die Verwaltungsgemeinschaft

Die kommunale Verwaltungsgemeinschaft ist ein besonderer zwischengemeindlicher Zusammenschluß, welcher durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung erfolgen kann.

I. Unter der Begriffsbezeichnung "Verwaltungsgemeinschaften" ist dieses Rechtsinstitut in § 27 nw KGemG geregelt. Nach der gesetzlichen Definition dieser Bestimmung können Verwaltungsgemeinschaften auf Grund von "Vereinbarungen, wonach ein Beteiligter zur Wahrnehmung aller oder des größten Teils seiner Aufgaben Dienstkräfte und Verwaltungseinrichtungen des anderen Beteiligten in Anspruch nimmt oder wonach sich die Beteiligten hierfür Dienstkräfte und Verwaltungseinrichtungen gegenseitig zur Verfügung stellen"¹⁾, gebildet werden.

1) In Nordrhein-Westfalen bestanden nach Mitteilungen der sechs nw Bezirksregierungen am 31.10.1965 11 zwischengemeindliche Verwaltungsgemeinschaften: die 5 kreisangehörigen Städte Barntrup, Emsdetten, Greven, Kempen-Niederrhein und Rheda sowie die 4 kreisangehörigen Gemeinden Breyell, Geilenkirchen, Hüls und Orsoy verwalten gleichzeitig eine kleinere Nachbargemeinde. Die kreisangehörige Stadt Datteln bildet seit dem 1.1.1965 mit den Gemeinden Flaesheim und Ahsen jeweils eine Verwaltungsgemeinschaft. Sämtliche übrigen Verwaltungsgemeinschaften bestanden bereits vor Inkrafttreten des nw KGemG. Von diesen Verwaltungsgemeinschaften besteht nach Mitteilung des Oberkreisdirektors des Landkreises Kempen-Krefeld die Verwaltungsgemeinschaft zwischen den Gemeinden Hüls und Toennisberg nachweislich bereits seit 1837. Die nach Mitteilung des Stadtdirektors der Stadt Rheda seit mehr als 100 Jahren bestehende Verwaltungsgemeinschaft zwischen der Stadt Rheda und der Gemeinde Nordrheda-Ems ist am 15.5.1962 durch eine Neufassung der Vereinbarung dem nw KGemG angepaßt worden. Ebenso hat auch die Mehrzahl der anderen Verwaltungsgemeinschaften verfahren. Die Aufstellung der Verwaltungsgemeinschaften nach dem Stande vom 10. März 1953 bei ODENBREIT-HENSEL (S. 213) ist durch die vom Verf. eingeholten Mitteilungen der sechs nw Bezirksregierungen überholt.

Dieses bisher in § 9 nw AmtsO geregelte Institut ist vom Gesetzgeber des nw KGemG dahingehend verbessert worden, daß es nicht mehr nur zur Wahrnehmung einzelner, sondern nun aller oder des größeren Teils der kommunalen Aufgaben Anwendung finden kann, und daß es ferner den an der Verwaltungsgemeinschaft Beteiligten bessere und umfangreichere Gestaltungsmöglichkeiten und Mitwirkungsrechte einräumt.

Das nw KGemG schränkt allerdings wie die früher in § 9 nw AmtsO enthaltene Regelung die Möglichkeiten von Verwaltungsgemeinschaften auf Vereinbarungen zwischen kreisangehörigen Gemeinden oder Ämtern nur innerhalb desselben Landkreises ein; für die Überschreitung der Kreisgrenze bedarf es eines Gesetzes (§ 28 Abs.1). Im übrigen verweist § 27 Abs. 2 auf die Vorschriften der §§ 23 - 25 dieses Gesetzes.

Zur Auslegung des Umfanges der in § 27 nw KGemG enthaltenen Ermächtigungsgrundlage ist zunächst erforderlich, die im nw KGemG nicht getroffenen Begriffsbestimmungen der Begriffe "Dienstkräfte" und "Verwaltungseinrichtungen" vorzunehmen.

Der Begriff "Dienstkräfte" ist, da aus dem Wortlaut des § 27 nw KGemG keine Einschränkung zu ersehen ist, im weitesten Sinne des öffentlichen Dienstrechts zu verstehen. Das öffentliche Dienstrecht umfaßt die Rechtsverhältnisse eines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn (hier: der Gemeinden) mit den Bediensteten der öffentlichen Verwaltung (hier: der Gemeindebediensteten). Dienstverhältnisse können als Beamtenverhältnis ein öffentlich-rechtliches Treueverhältnis sein oder auch als Angestellten- oder Arbeitsverhältnis auf privatrechtlicher Grundlage beruhen²⁾. So verstanden umfaßt das öffentlich-rechtliche Dienstrecht einer Gemeinde die Gesamtheit der Dienstverhältnisse mit ihren Dienstkräften, vom Hauptgemeindebeamten bis zum Gemeindearbeiter.

Demgegenüber ist der Begriff "Verwaltungseinrichtungen" einengend auszulegen. Da der Gesetzgeber des nw KGemG bei der allgemeinen Regelung des Institutes der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung in § 25 den Ausdruck "Einrichtung" verwendet hat, ist die in der Sonderbestimmung des § 27 enthaltene Bezeichnung "Verwaltungseinrichtung" als Unterbegriff der Einrichtung zu verstehen.

2) Vgl. WOLFF Bd. II § 105 II (S. 311).

Unter "Einrichtungen" sind nichtrechtsfähige öffentliche Anstalten zu verstehen, die im Interesse der Einwohner geschaffen und unterhalten werden, und die vornehmlich der kommunalen Leistungsverwaltung zur Erfüllung von öffentlichen, kulturellen oder wirtschaftlichen Versorgungsaufgaben dienen³⁾. Als Unterart dieser Einrichtungen bestehen die Verwaltungseinrichtungen zur Erfüllung der ihren Hoheitsträgern obliegenden Existenzaufgaben. Verwaltungseinrichtungen sind demnach die Zusammenfassungen der persönlichen und sachlichen Mittel zur dauerhaften Verfolgung staatlicher oder kommunaler Existenzaufgaben. So verstanden sind die der jeweiligen Einrichtung zugehörigen Dienstkräfte bereits Wesensbestandteil dieser Einrichtungen⁴⁾, so daß es ihrer nochmaligen Erwähnung in § 27 KGemG nicht bedurft hätte. Verwaltungseinrichtungen der Gemeinden sind demnach die Zusammenfassung der Verwaltungsbediensteten, der Verwaltungsgebäude (z.B. Rathaus und gemeindliche Verwaltungsstellen) und des Verwaltungsinventars, also des gesamten gemeindlichen Organisationsapparates.

Innerhalb dieses äußerlich begrenzten Umfanges einer Verwaltungsgemeinschaft räumt die in § 27 KGemG enthaltene Ermächtigungsgrundlage den Beteiligten eine weitgehende Skala von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten ein: angefangen von der gemeinsamen Bestellung eines Gemeindedirektors oder eines gemeindlichen Fachbeamten über die gegenseitige Zurverfügungstellung einzelner oder aller Dienstkräfte bis zur An- oder Eingliederung einer oder mehrerer Verwaltungseinrichtungen in die Verwaltung eines anderen Beteiligten, wobei entspr. § 23 den abgebenden Gemeinden die Rechtsform des Mandats oder der Delegation, diese mit der weitergehenden Ermächtigung nach § 25, zur Wahl steht.

Bei der gemeinsamen Wahl des Hauptgemeindebeamten (z.B. eines Gemeindedirektors)⁵⁾ oder eines Fachbeamten (z.B. eines Kassenver-

3) Vgl. WOLFF Bd. II § 98 II (S. 258 ff.).

4) A.A. GÖNNENWEIN, der lediglich "die Gesamtheit des Leistung erbringenden Sachvermögens" (S. 473 Fußn.1), also "Gegenstände, die im Interesse der Einwohner beschafft und unterhalten werden", unter den Begriff der öffentlichen Einrichtung faßt (S. 474).

5) Beispiel: § 2 Abs. 1 der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen der Stadt Greven und der Gemeinde Gimble vom 11.9.1962: "Der Stadtdirektor von Greven übt die Funktion eines Gemeindedirektors von Gimble aus. Er führt mit den ihm unterstellten Dienstkräften die Verwaltungsgeschäfte der Gemeinde Gimble" (zur Verfügung gestellt vom Stadtdirektor der Stadt Greven).

walters), bei der gemeinsamen Anstellung oder bei einem gegenseitigen Zurverfügungstellen einzelner Dienstkräfte und schließlich bei einer einseitig durch einen oder eine Mehrzahl von Beteiligten erfolgenden Inanspruchnahme einzelner Dienstkräfte einer anderen Gemeinde findet keine Delegation von Hoheitsrechten statt. In allen diesen aufgeführten Fällen bleibt die bestehende Zuständigkeitsordnung der beteiligten Gemeinden unberührt. Soweit eine gemeinsame Wahl oder Bestellung von Amtsverwaltern vorgenommen wird, tritt bei der jeweiligen Ämterverbindung lediglich eine Personalunion ein, ohne daß bei diesem Vorgang außerordentliche Zuständigkeiten begründet werden. Vielmehr werden hier auf zwei räumlich voneinander getrennten Zuständigkeitsgebieten zwei oder mehrere ordentliche Zuständigkeiten durch ein und denselben Amtswalter wahrgenommen. Die gemeinsame Anstellung, gegenseitige Zurverfügungstellung oder einseitige Inanspruchnahme sonstiger gemeindlicher Dienstkräfte (z.B. Schreibkräfte und Arbeiter), die keine amtlichen Funktionen wahrnehmen, bewirkt ohnehin keine Änderung der bestehenden gemeindlichen Hoheitssphären. Auch bei der bloßen Zusammenlegung mehrerer, meist kleiner gemeindlicher Verwaltungen zu einer größeren leistungstärkeren Verwaltungseinheit findet keine Delegation von Hoheitsrechten statt. Vielmehr üben die beteiligten Gemeinden in diesen Fällen unter Beibehaltung ihrer vollen Hoheitsgewalt stets die jeweilige Personal-, Organ- und Organisationshoheit gemeinsam aus. Eine Delegation von Hoheitsrechten kann dagegen bei der Angliederung einer kleineren Verwaltung an eine größere Verwaltungseinrichtung vorkommen ⁶).

-
- 6) Beispiel: § 2 Abs.1 der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen der Gemeinde Breyell und der Gemeinde Boisheim v. 1.6./28.8.1956:

"Zum Zwecke der Einsparung von persönlichen und sachlichen Verwaltungskosten wird die Gemeinde Boisheim von der Gemeinde Breyell mit verwaltet. Zur Wahrung einer möglichst engen Verbundenheit zwischen der Verwaltung und den Einwohnern der Gemeinde Boisheim sowie zur Erleichterung des Publikumsverkehrs verpflichtet sich die Gemeinde Boisheim zur Unterhaltung einer eigenen Verwaltungsstelle in Boisheim, die verwaltungsorganisatorisch als Bestandteil der Gesamtverwaltung der Gemeinde Breyell gilt. Die Personalstärke dieser Verwaltungsstelle sowie der Umfang der von ihr zu erledigenden Aufgaben bestimmt der Gemeindedirektor der Gemeinde Breyell. Die Besetzung der

Eine derartige Angliederung kommt in solchen Fällen in Betracht, in denen eine leistungsschwache Gemeinde ihren Einwohnern die Vorteile eines größeren Verwaltungsapparates einer benachbarten Gemeinde bieten, zugleich aber auch unter Beibehaltung der bisherigen Verwaltungseinrichtung als Außenstelle der größeren Nachbarverwaltung ihren Gemeindeangehörigen die Ortsnähe der Verwaltung sichern will. Bei einer derartigen Angliederung delegiert die kleinere Gemeinde nur selten ihre Personalhoheit. Die Organisationshoheit wird ebenfalls beibehalten, falls die nunmehrige Verwaltungsaußenstelle ihren selbständigen Charakter beibehält. In diesem Falle müssen allerdings die beteiligten Gemeinden ihre organisatorischen und personellen Belange aufeinander abstimmen, damit keine Doppelarbeit und kein Verwaltungsleerlauf entstehen. Soll dagegen bei einer Angliederung die Verwaltungsaußenstelle nicht selbständig bleiben, sondern als Behördenteil der benachbarten Hauptverwaltung tätig werden, so kann zwar die Personalhoheit weiterhin von der kleineren Gemeinde wahrgenommen werden; die Organisationshoheit wird in diesem Falle jedoch auf den größeren Verwaltungsträger delegiert oder doch zumindestens durch diesen als Mandatar ausgeübt.

Bei einer vollständigen Eingliederung einer kleineren Gemeindeverwaltung in eine größere benachbarte Verwaltung wird stets die Personal-, Organ- wie auch Organisationshoheit auf die Nachbargemeinde delegiert oder wenigstens durch ein Mandat eingeräumt werden müssen.

Eine Inanspruchnahme sämtlicher Verwaltungseinrichtungen einschließlich der dazugehörigen Dienstkräfte kommt schließlich auch dann vor, wenn eine oder mehrere kleinere Gemeinden auf die Errichtung eigener Verwaltungen von vornherein "verzichten" ⁷⁾ und

Verwaltungsstelle Boisheim sowie die Beschäftigung von eigenen Gemeindearbeitern erfolgt unter ausschließlicher Personalhoheit der Gemeinde Boisheim. Bei der Ernennung, Beförderung und Entlassung von Beamten sowie bei der Anstellung und Entlassung von Angestellten der Gemeinde Breyell wirkt die Gemeinde Boisheim jedoch nicht mit" (zur Verfügung gestellt vom Oberkreisdirektor des Landkreises Kempen-Krefeld).

7) Beispiel: § 2 S.1,5 u. 10, § 3 der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen der Stadt Kempen-Niederrhein und der Gemeinde Schmalbroich v. 3.5.1954:

§ 2 S.1: "Die Gemeinde Schmalbroich verzichtet zur Einsparung von persönlichen und sachlichen Verwaltungskosten auf die Errichtung einer eigenen Verwaltung."

sich von dem Verwaltungsapparat einer benachbarten Gemeinde als ihrem Delegatar oder Mandatar mit verwalten lassen. Die Delegation von Hoheitsrechten begegnet zwar in allen aufgeführten Fällen, in denen von Delegationen die Rede war, grundsätzlich Bedenken, da es sich bei den einer Verwaltungsgemeinschaft übertragenen Kompetenzen stets um Existenzaufgaben der delegierenden Gemeinden handelt. Wie bei der Behandlung des Begriffs und Wesens der Hoheitsrechte schon ausgeführt wurde, ist es den Gemeinden grundsätzlich verwehrt, Aufgaben, auf denen ihre Existenz beruht, zu übertragen und mit diesen Existenzaufgaben verbundene Hoheitsrechte zu delegieren. Dieses Prinzip beruht, wie die Untersuchung bereits gezeigt hat ⁸⁾, maßgebend auf dem Grundgedanken, daß die Gemeinden nicht nur ein Recht auf, sondern auch eine Pflicht zur Selbstverwaltung haben. Gäbe eine Gemeinde ihre Existenzaufgaben völlig auf, so käme dies einer verbotenen Selbstauflösung gleich. Von diesem Grundsatz der Nichtdelegierbarkeit existenzbezogener Hoheitsrechte wird man jedoch beim Vorliegen von Verwaltungsgemeinschaften eine Ausnahme machen können. Das Institut der Verwaltungsgemeinschaft ist gerade zu dem Zweck geschaffen worden, um die Existenz der Gemeinden zu festigen und den Gemeindegewohnern durch eine leistungsfähigere und zugleich sparsamere Verwaltung eine bessere und vielseitigere öffentliche Daseinsvorsorge zukommen zu lassen. Hinzu kommt, daß die delegierenden Gemeinden, ähnlich wie bei dem Institut der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, auch bei der Verwaltungsgemeinschaft Mitwirkungsrechte vereinbaren können, die ihnen weiterhin Einflußmöglichkeiten auf die Art und Weise der Ausübung der delegierten Hoheitsrechte gewähren. Vielfach bietet das inzwischen in

§ 2 S. 5: "Die Stadt Kempen ist verpflichtet, für die Aufgaben der Gemeinde Schmalbroich ihre Beamten und Angestellten zur Verfügung zu stellen."

§ 2 S. 10: "Die Gemeinde Schmalbroich wirkt bei der Ernennung von Beamten sowie bei der Anstellung von Angestellten der Stadt Kempen nicht mit."

§ 3: "Die Verwaltungsgeschäfte der Gemeinde Schmalbroich werden im Rathaus in Kempen erledigt. Die Stadt Kempen stellt ihre Amtsräume und die erforderlichen Einrichtungsgegenstände der Gemeinde Schmalbroich zu diesem Zwecke zur Verfügung."
(zur Verfügung gestellt vom Oberkreisdirektor des Landkreises Kempen-Krefeld).

8) Siehe im einzelnen oben § 2 IV 3 (S. 29).

der Verwaltungspraxis bewährte und fest eingebürgerte Institut der Verwaltungsgemeinschaft neben dem nordrhein-westfälischen Amt die einzige noch vorhandene Möglichkeit, eine leistungsunfähige Gemeinde vor der drohenden Eingemeindung durch eine benachbarte Großgemeinde zu bewahren⁹⁾. Die Verwaltungsgemeinschaft ist infolge der Vielzahl ihrer rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten in hervorragendem Maße dazu geeignet, sich den jeweiligen konkreten Verhältnissen anzupassen und den höchstmöglichen Nutzeffekt in ihren Verwaltungsleistungen zu erzielen.

Ein einseitig erklärter Verzicht einer Gemeinde auf die Ausübung ihrer Hoheitsrechte ist nach dem grundsätzlichen Verbot einer gemeindlichen Selbstauflösung indessen nicht statthaft. Verzichtet eine Gemeinde bei dem Begründungsakt einer Verwaltungsgemeinschaft auf die Ausübung ihrer Personal-, Organ- oder Organisationshoheit unter gleichzeitiger Einwilligung, daß ein anderer an der Vereinbarung Beteiligter diese Hoheitsrechte auf ihrem Gebiet ausüben darf, so ist dieser erklärte "Verzicht" als freiwillige, für jede Delegation begriffsnotwendige Aufgabeerklärung auszulegen. Es liegt demnach bei einer derartigen "Verzichtserklärung" in Wirklichkeit ein Fall der "echten" Delegation vor¹⁰⁾.

Die Ausnahme der Delegierfähigkeit existenzgebundener Hoheitsrechte ist indessen davon abhängig zu machen, daß durch die Errichtung der Verwaltungsgemeinschaft die Existenz oder "das institutionelle Fundament"¹¹⁾ der delegierenden Gemeinden in keinem Fall verschlechtert werden darf. Stellt sich im Laufe der Zeit heraus, daß eine zunächst erfolversprechende Verwaltungsgemeinschaft die Erwartungen der Beteiligten nicht erfüllt oder die Verwaltungsaufgaben der delegierenden Gemeinden vernachlässigt, so müssen die Deleganten jederzeit in der Lage sein, die Verwaltungsgemeinschaft zu kündigen und die delegierten Hoheitsrechte selbst wieder auszuüben.

9) Die kommunalpolitischen Bestrebungen gehen in jüngster Zeit allerdings dahin, bei der erforderlichen Raumordnung in Nordrhein-Westfalen der Großgemeinde gegenüber dem Amt den Vorzug zu geben. So sind z.B. bei der Neugliederung des Landkreises Unna die früheren Ämter Fröndenberg, Rhynern, Pelkum und Unna-Kamen mit Wirkung vom 1.1.1968 aufgelöst worden und an deren Stelle acht neue Großgemeinden getreten (vgl. Ges.v. 19.12.1967 in nW GVBl. S. 270).

10) Bei dem in Anm. 7) angeführten Beispiel handelt es sich um eine derartige "Verzichtserklärung".

11) KÖTTGEN, Gemeinde S. 49 f.; vgl. a. oben (S. 29).

Diese notwendige Voraussetzung ist gegeben, da die Bestimmung des § 27 Abs. 2 nw KGemG ausdrücklich auf die allgemeinen Kündigungsvorschriften (§ 23 Abs. 5) verweist. Auch die sonstigen bereits im einzelnen behandelten Wirksamkeitsvoraussetzungen¹²⁾ gelten hier entsprechend mit der Maßgabe, daß der Oberkreisdirektor für die Erteilung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung stets der Zustimmung des ständigen Kreisausschusses bedarf (§ 27 Abs.2). Auch bei der Verwaltungsgemeinschaft kann die zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben verpflichtete Gemeinde ermächtigt werden, die Benutzung einer Verwaltungseinrichtung durch eine für das gesamte Gebiet der Beteiligten geltende Satzung zu regeln (§ 27 Abs. 2 i.V. mit § 25 nw KGemG). Übernimmt z.B. in einer Verwaltungsgemeinschaft eine Gemeinde das Kassen- und Rechnungswesen einer anderen Gemeinde in ihre ausschließliche Zuständigkeit, so kann sie von der delegierenden Gemeinde ermächtigt werden, daß sich die Geschäftsordnung¹³⁾ für den Geschäftsgang der Gemeindekasse sowie der Nebenkassen auf das gesamte Gebiet der Verwaltungsgemeinschaft erstrecken soll¹⁴⁾. In entsprechender Weise dürfte die Ermächtigungsvorschrift des § 25 nw KGemG auch auf Verwaltungsanordnungen Anwendung finden, die im Rahmen der gemeindlichen Organisationshoheit ergehen, wie z.B. auf den Geschäftsverteilungsplan oder die auf Grund der gemeindlichen Einrichtungsgewalt ergehenden Verwaltungsanordnungen¹⁵⁾.

12) Siehe im einzelnen oben S. 73 - 79.

13) Vgl. § 15 Abs. 1 der nw VO über das Kassen- und Rechnungswesen der Gemeinden v. 1.3.1955 (GS NW S. 622); diese Geschäftsordnungen sind ihrem Wesen nach Satzungen (WOLFF Bd.II § 78 III b) 1 (S. 101).

14) Beispiel: § 2 der bereits in Anm.5 zitierten öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen der Stadt Greven und der Gemeinde Gimble v. 11.9.1962 : " Die Kassengeschäfte der Gemeinde Gimble werden von der Stadtkasse Greven wahrgenommen. Das Kassenordnungsrecht wird vom Stadtdirektor der Stadt Greven oder den von ihm bestellten Beamten wahrgenommen".

15) Vgl.WOLFF Bd. II § 78 IV (S. 102); die von WOLFF so bezeichnete "Organ-Einrichtungsgewalt", die durch Verwaltungsanordnungen ausgeübt wird, ist die Zuständigkeit eines Hoheitsträgers zur Ausstattung eines Organs mit den zur Vernehmung seiner Wahrnehmungszuständigkeiten erforderlichen Personen, Räumen oder Sachen (WOLFF a.a.O.).

Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 25 nw KGemG ist die gemeindliche Steuerhoheit nicht delegierbar.

Durch die Bildung von Verwaltungsgemeinschaften werden die beteiligten Gemeinden nicht von der nach § 85 nw GemO bestehenden Pflicht entbunden, weiterhin für jedes Rechnungsjahr jeweils eine eigene Haushaltssatzung zu erlassen. Auch die nach § 4 Abs. 2 nw GemO vorgeschriebene Pflicht zum Erlaß einer gemeindlichen Hauptsatzung wird durch den Zusammenschluß zu einer Verwaltungsgemeinschaft nicht berührt.

II. Ein der nordrhein-westfälischen Verwaltungsgemeinschaft entsprechendes, wenn auch nicht mit ähnlich umfangreichen Gestaltungsmöglichkeiten ausgestattetes Rechtsinstitut ist die "gemeinschaftliche Bürgermeisterei" in Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz; in Hessen führt dieses Institut die Bezeichnung "gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtung".

Benachbarte Gemeinden desselben Landkreises können sich in Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz durch Vereinbarung zu einer gemeinschaftlichen Bürgermeisterei zusammenschließen (§ 74 Abs. 1 bw GemO und § 59 Abs. 1 rhpf GemO)¹⁶⁾ oder können in Hessen durch übereinstimmenden Beschluß der Gemeindevertretungen zur gemeinsamen Verwaltung ihrer Angelegenheiten gemeinschaftliche Bedienstete oder einen gemeinschaftlichen Gemeindevorstand bilden¹⁷⁾ (§ 84 Abs. 1 he GemO), wenn dies aus Gründen einer zweckentsprechenden und sparsamen Verwaltung geboten erscheint.

Bei der gemeinsamen Wahl eines Bürgermeisters bzw. Gemeindevorstandes findet indessen ebensowenig wie bei der nw Verwaltungsgemeinschaft eine Delegation statt. Vielmehr wird auch hier der gemeinschaftliche Bürgermeister bzw. Gemeindevorstand lediglich in Personalunion für die beteiligten Gemeinden tätig. Der gemeinschaftliche Bürgermeister bzw. Gemeindevorstand verwaltet als der verantwortliche Leiter die gesamten Gemeindeangelegenheiten auf Grund der jeweiligen Beschlüsse der einzelnen beteiligten Gemeindevertretungen (vgl. § 74 Abs. 3 hw GemO; §§ 86 und 87 he GemO; § 63 rhpf GemO).

16) Nach Mitteilung des Statistischen Landesamts Rheinland-Pfalz bestanden am 31.12.1963 in diesem Bundesland 58 gemeinschaftliche Bürgermeistereien.

17) In Hessen bestanden nach Mitteilung des Hessischen Statistischen Landesamts am 31.5.1964 42 gemeinsame Gemeindevorstände oder gemeinsame Bürgermeistereien.

Auch der Zusammenschluß einzelner oder aller Verwaltungseinrichtungen der beteiligten Gemeinden zu einer gemeinschaftlichen Verwaltung sowie die gemeinsame Anstellung von Bediensteten führt zu keiner Zuständigkeitsänderung, da die einzelnen Gemeinden keinerlei Hoheitsrechte auf eine der beteiligten Gemeinden zu delegieren haben, sondern lediglich unter Beibehaltung ihrer selbständigen Hoheitsgewalt die Ausübung ihrer Hoheitsrechte aufeinander abzustimmen brauchen. Diese in jedem Einzelfall vorzunehmende Übereinkunft aller Beteiligten hinsichtlich der Ausübung ihrer jeweiligen Hoheitsgewalt wird durch die Bildung einer Gesamtvertretung gewährleistet, in denen sämtliche Gemeindevertretungen unter dem Vorsitz des gemeinschaftlichen Bürgermeisters zusammentreten, um gemeinsam über die Festsetzung der Haushaltspläne oder der Stellenpläne sowie über gemeinsame Angelegenheiten zu beschließen (vgl. § 87 he GemO; §§ 61 ff. rhpf GemO); in Baden-Württemberg ist den beteiligten Gemeinden die Bildung einer Gesamtvertretung in das freie Belieben gestellt (§ 74 Abs. 3 S. 4 bw GemO).

Durch die Bildung einer gemeinschaftlichen Bürgermeisterei bzw. eines gemeinsamen Gemeindevorstandes wird kein neuer Hoheitsträger geschaffen, so daß die Selbständigkeit der beteiligten Gemeinden nicht berührt wird (vgl. § 74 Abs. 3 S. 1 bw GemO; § 86 Abs. 4 he GemO; § 60 Abs. 1 rhpf GemO). An diesem Ergebnis ändert auch nicht die den rhpf Gemeindevertretungen nach § 59 Abs. 3 rhpf GemO gegebene Möglichkeit, der gemeinschaftlichen Bürgermeisterei auf Antrag die Eigenschaft einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zu verleihen ¹⁸⁾.

Im übrigen bleibt dem zu einer gemeinsamen Bürgermeisterei oder zu gemeinschaftlichen Verwaltungseinrichtungen zusammengeschlossenen Gemeinden das Recht unbenommen, öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zu schließen oder in dem noch aufzuzeigenden Rahmen Zweckverbände zu bilden.

18) Nach den Unterlagen des Statistischen Landesamts Rheinland-Pfalz hatte am 31.12.1963 keine der rhpf gemeinschaftlichen Bürgermeistereien die Eigenschaft einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft.

§ 12 Die Vereinbarkeit des Delegationsbegriffs mit den
Rechtsinstituten der Pflichtregelung (I.) und der
gesetzlichen Regelung von öffentlich-rechtlichen
Vereinbarungen (II.)

I. Ist der Abschluß einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung aus Gründen des öffentlichen Wohls dringend geboten und kommt innerhalb einer durch die Aufsichtsbehörde gesetzten, angemessenen Frist eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung nicht auf freiwilliger Grundlage zwischen den beteiligten Gemeinden (GV) zustande, so kann die Aufsichtsbehörde an Stelle der Beteiligten die erforderlichen Maßnahmen durch eine Pflichtregelung treffen. Nach § 26 nw KGemG und § 23 bw ZwVG ist diese Pflichtregelung nur bei einzelnen Pflichtaufgaben möglich; das RZwVG sowie das rhpf ZwVG gestatten in § 19 darüber hinaus die aufsichtsbehördliche Zwangsregelung bei freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben.

Die nach dem nw KGemG und bw ZwVG mögliche Pflichtregelung stößt auf keine verfassungsrechtlichen Bedenken, da der Staat nicht gehindert ist, den Gemeinden solche Aufgaben und Hoheitsrechte, die er ihnen zugewiesen hat, wieder zu entziehen. Das gleiche gilt für die Zwangsregelung von Pflichtaufgaben nach § 19 RZwVG und rhpf ZwVG. Im Hinblick auf eine Pflichtregelung freiwilliger Selbstverwaltungsangelegenheiten ist jedoch die Bestimmung des § 19 RZwVG und rhpf ZwVG mit dem in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG sowie in den einzelnen Landesverfassungen ¹⁾ enthaltenen Verfassungsgrundsatz, wonach ein Eingriff in die gemeindliche Selbstverwaltung stets nur auf Grund eines Gesetzes erfolgen kann, nicht in Einklang zu bringen und demnach als verfassungswidrig anzusehen ²⁾. Bei den übrigen zulässigen Pflichtregelungen fehlt das für den Begriff der "echten" Delegation erforderliche Wesensmerkmal des Einverständnisses der Deleganten zur Aufgabe ihrer bisherigen ordentlichen Zuständigkeit. Da im übrigen die sonstigen Voraussetzungen der Delegation bei einer durch Pflichtregelung vorgenommenen Änderung der Zuständigkeitsordnung vorliegen, können diese Zwangsregelungen ihrem Wesen nach zu der Gruppe der "unechten, zu-

1) Vgl. Art. 11 Abs. 2 S. 2 bay LVerf; Art. 137 he LVerf; Art. 44 Abs. 1 nds LVerf; Art. 49 rhpf LVerf; Art. 122 saarl. LVerf; Art. 39 Abs. 1 schlh LS.

2) Eine Pflichtregelung bei freiwilligen Selbstverwaltungsangelegenheiten ist im Geltungsbereich des RZwVG und des rhpf ZwVG bisher noch nicht erfolgt (vgl. ROTHE, DÖV 1960 S. 925).

weisenden" Delegationen ³⁾ gerechnet werden.

II. Neben der durch die jeweilige Aufsichtsbehörde angeordneten Pflichtregelung kennt das nw KGemG eine Regelung durch Gesetz: nach § 28 nw KGemG bedarf es eines Gesetzes, wenn Verwaltungsgemeinschaften über die Grenzen eines Landkreises hinaus (Abs. 1) oder zwangsweise innerhalb eines Landkreises gebildet werden sollen (Abs. 2 lit.a.), und schließlich, wenn eine Zwangsregelung hinsichtlich einzelner, freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben aus dringenden Gründen des öffentlichen Wohles notwendig ist (Abs. 2 lit.b.).

Bei den in § 28 Abs. 2 lit.a) und b) enthaltenen Tatbeständen handelt es sich um besondere Pflichtregelungen, deren Anwendungsmöglichkeiten der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber maßgeblich aus dem Grunde durch das Erfordernis eines Gesetzes erschwert hat, um sicherzustellen, daß von dieser Möglichkeit nur im äußersten Falle Gebrauch gemacht wird ⁴⁾). Diese gesetzliche Pflichtregelungen können bereits aus den zu I. ausgeführten Gründen keine "echten", sondern lediglich "unechte, zuweisende" Delegationen (delegationes a iure) sein. Auch falls einzelne von den gesetzlichen Regelungen betroffene Gemeinden mit den beabsichtigten Zwangsmaßnahmen einverstanden sein sollten, kann dies nicht zur Annahme einer "echten" Delegation führen, da die durch Gesetz getroffene Zuständigkeitsregelung unabhängig vom Einverständnis der Betroffenen erfolgt.

Soweit der Gesetzesvorbehalt nach § 28 Abs. 1 nw KGemG für die Bildung von Verwaltungsgemeinschaften über Landkreisgrenzen hinaus besteht, ist nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ebenfalls eine Zwangsregelung denkbar; für diese Pflichtregelung gilt das oben Ausgeführte entsprechend.

³⁾ Siehe oben § 7 III (S. 55 f).

⁴⁾ Vgl. Begründung zu § 6 des RegEntw zum nw KGemG; trotz des in § 28 nw KGemG enthaltenen Gesetzesvorbehalts äußern sich kritisch: GÖB, Gemeinde 1959 S. 77 und ROTHE, DÖV 1960 S.925; zustimmend jedoch: HENRICHS, KPBl 1961 S. 469 und GRAFE, DÖV 1961 S. 525 f.

Darüber hinaus sind jedoch nach dieser Bestimmung auch bei freiwilligen Zusammenschlüssen von kreisangehörigen Gemeinden verschiedener Landkreise gesetzliche Regelungen erforderlich. Denkbar ist schließlich auch die gesetzliche Bildung einer Verwaltungsgemeinschaft zwischen kreisangehörigen Gemeinden mit kreisfreien Städten. Der Gesetzgeber hat in den beiden letztgenannten Fällen mit dem Gesetzesvorbehalt den Zweck verfolgt, daß eine räumlich so weit reichende Verwaltungsgemeinschaft nur dann geschaffen werden soll, wenn diese Möglichkeit lediglich noch als ultima ratio in Betracht zu ziehen ist, um an einem weitergehenden Eingriff in den Bestand einer Gemeinde, etwa durch Eingemeindung, vorbeizukommen⁵⁾. Obgleich in der Praxis bei diesen Regelungen die Initiative von den an der Bildung einer Verwaltungsgemeinschaft interessierten Gemeinden ausgehen dürfte, scheitert die Annahme einer "echten" Delegation in diesen Fällen daran, daß der nw Gesetzgeber die gesetzlichen Regelungen nicht vom Willen der beteiligten Gemeinden abhängig gemacht hat, sondern sich der eigenen EntschlieÙung vorbehält. Die mangelnde Willensbeteiligung der betroffenen Gemeinden (GV) zeigt sich ferner auch darin, daß die gesetzlich begründeten Verwaltungsgemeinschaften - anders als bei einer "echten" Delegation - nicht von den Betroffenen wieder aufgehoben werden können; vielmehr bedarf die Auflösung eines erneuten Gesetzes. Es kann sich demnach bei den durch Gesetz erfolgenden Bildungen von Verwaltungsgemeinschaften nur um "unechte, zuweisende" Delegationen (delegationes a iure) handeln.

2. Kapitel: Die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Zweckverbände

§ 13 Begriff, Rechtsgrundlagen und Rechtsformen des Zweckverbandes

Der Zweckverband ist der öffentlich-rechtliche Zusammenschluß von Gemeinden und Gemeindeverbänden zur gemeinsamen Erfüllung einzelner bestimmter Aufgaben, zu deren Wahrnehmung die Verbandsmitglieder berechtigt oder verpflichtet sind¹⁾.

5) So die Begründung zu § 6 des RegEntw zum nw KGemG.

1) PAGENKOPF S. 210 ff.; SEYDEL S. 11 ff.; WOLFF Bd. II § 91 (S. 210 ff.).

Rechtsgrundlagen für die Zweckverbände sind in Baden-Württemberg die §§ 2 bis 22 und 24 bis 26 bw ZwVG ²⁾, in Nordrhein-Westfalen die §§ 4 bis 22 und 29 bis 31 nw KGemG, in Rheinland-Pfalz und in den übrigen Bundesländern die Bestimmungen des rhpf ZwVG bzw. des RZwVG mit Ausnahme der §§ 13, 14 und 19.

Über die Rechtsform des Zweckverbandes besteht in der Kommunalwissenschaft und in der Terminologie der Gesetze keine einheitliche Auffassung.

In § 3 bw ZwVG sowie in § 4 RZwVG und rhpf ZwVG wird der Zweckverband schlicht als Körperschaft des öffentlichen Rechts bezeichnet. Dieser Begriff ist als Gesamtbezeichnung für alle öffentlich-rechtlichen Verbandsformen zu umfassend, um aus ihm für die Rechtsnatur des Zweckverbandes eine wesentliche Aussage herleiten zu können ³⁾. Aus dem Wortlaut des Art. 71 bw LVerf, nach dem "Gemeindeverbänden und Zweckverbänden" das Recht der Selbstverwaltung garantiert wird, geht hervor, daß der bw Landesgesetzgeber die Zweckverbände nicht zu den Gemeindeverbänden rechnet. Demgegenüber wird in der Bestimmung des § 5 Abs. 2 nw KGemG der Zweckverband als Gemeindeverband bezeichnet.

In der Kommunallehre wird zwischen Gemeindeverband und Zweckverband streng geschieden: die Bezeichnung "Gemeindeverband" behält die Lehre denjenigen Verbänden vor, die regulären, typischen allgemeinen Verwaltungszwecken dienen, während der terminus "Zweckverband" für Verbände mit singulären, oft auch atypischen besonderen Verwaltungsaufgaben Anwendung findet ⁴⁾.

ELLERINGMANN ⁵⁾ und SEYDEL ⁶⁾ schlagen die Bezeichnung "Kommunalverband" als Oberbegriff für die Begriffe "Gemeindeverband" und "Zweckverband" vor. Dieser Sammelbegriff hat sich jedoch in der Kommunallehre sowie im Sprachgebrauch der Gesetze bisher nicht durchzusetzen vermocht.

2) Daten und Gesetzesstellenhinweise dieses Gesetzes und der folgenden Gesetze sind bereits in § 9 (S. 59 u. 60 f. mit Fußn. 1, 3, 5 u. 6) im Einzelnen aufgeführt.

3) Ebenso: DOLLMANN S. 9; REHM, WZ 1963 S. 254.

4) HOPPE S. 34 ff. (39), 53 ff. (64) mit weit.ausf.Hinw.; SEYDEL S. 11 ff. (15) mit weit.Hinw.; WOLFF Bd. II § 85 III b) (S.143).

5) ELLERINGMANN, Begriff und Wesen S. 91 f.

6) SEYDEL S. 13 ff (17).

Die moderne Kommunalwissenschaft verzichtet unter Beibehaltung der terminologischen und dogmatischen Unterscheidung zwischen Gemeinde- und Zweckverband auf die besondere Prägung eines gemeinsamen Oberbegriffs; sie beschränkt sich vielmehr darauf, beide Begriffe unter den zunehmend gebräuchlicheren, jedoch zu unbestimmten Sammelbezeichnungen "zwischenkommune Zusammenarbeit" oder "kommunale Gemeinschaftsarbeit" neben anderen, nicht verbandsmäßigen Formen gemeindlicher Zusammenschlüsse zu verwenden. In der Terminologie der Gesetze ist die von der Lehre durchgeführte Begriffsunterscheidung zwischen Gemeindeverband und Zweckverband nicht stets und oft nicht deutlich genug vorgenommen worden. Vielfach umfassen die Gesetze, wenn in ihrem Wortlaut von "Gemeindeverbänden" die Rede ist, ihrem Sinngehalt sowie dem Willen des Gesetzgebers nach auch Zweckverbände ⁷⁾. Es mußte daher bisher stets eine Auslegung des Gesetzes vorgenommen werden ⁸⁾. Gerade diese bestehende Unsicherheit bewog den nw Landesgesetzgeber, mit der Bestimmung des § 5 Abs. 2 S. 1 nw KGemG eine gesetzliche Vermutung dafür aufzustellen, daß Vorschriften für Gemeindeverbände auch auf Zweckverbände Anwendung finden, soweit sich aus den jeweiligen Gesetzen nichts anderes ergibt ⁹⁾.

-
- 7) Vgl. z.B. in NW: § 1 des Sparkassengesetzes v. 7.1.1958 (nw GVBl. S. 5); § 3 Abs. 1 des Schulverwaltungsgesetzes v. 3.6.1958 (nw GVBl. S. 241); § 3 Abs. 2 des Schulfinanzgesetzes v. 3.6.1958 (nw GVBl. S. 246); § 4 des Volkshochschulgesetzes v. 10.3.1953 (nw GVBl. S. 440).
- 8) So werden beispielsweise in §§ 15 ff. des nw Landesorganisationsgesetzes v. 10.7.1962 (nw GVBl. S. 421) die Gemeinden und Gemeindeverbände von den Körperschaften des öffentl. Rechts (§§ 18 ff.), zu denen nach dem Sinngehalt des Gesetzes auch Zweckverbände zu zählen sind, unterschieden; vgl. ebenfalls §§ 10 Abs. 2, 15 Abs. 2 nw Landesbeamtengesetz v. 1.6.1962 (nw GVBl. S. 271); in der nw Disziplinarordnung v. 1.6.1962 (nw GVBl. S. 305) werden Gemeindeverbände (§ 116) von den Zweckverbänden (§ 119) ausdrücklich geschieden.
- 9) Vgl. Begründung zu § 8 des RegEntw zum nw KGemG.

Der Gleichsetzung der Begriffe "Zweckverband" und Gemeindeverband" in § 5 Abs. 2 nw KGemG kann nicht ohne Bedenken gefolgt werden, zumal nach § 4 Abs. 2 S. 2 nw KGemG auch natürliche und juristische Personen des Privatrechts Mitglieder eines Zweckverbandes sein können¹⁰⁾. Sofern der nw Landesgesetzgeber von vornherein die dogmatisch begründete Trennung dieser beiden Begriffe auch im Sprachgebrauch der Gesetze eingehalten hätte, wäre die Unsicherheit bei der Auslegung solcher Gesetze, die zumeist die Wendung "Gemeinden und Gemeindeverbände" enthalten, vermieden worden. Einer Klärung der jeweils zu stellenden Frage, ob Zweckverbände unter den Begriff "Gemeindeverbände" fallen, hätte es dann nicht bedurft. Die bisherige Unsicherheit bei dieser Gesetzesauslegung hat der nw Landesgesetzgeber zudem nicht vollständig zu beseitigen vermocht. Abgesehen davon, daß in Zukunft stets ermittelt werden muß, ob sich aus den jeweiligen Gesetzesvorschriften "nichts anderes ergibt" (§ 5 Abs. 2, 2. Halbs.), bestehen Bedenken an der Fassung dieser Bestimmung im Hinblick auf Art. 78 Abs. 1 nw LVerf. Nach dieser Verfassungsbestimmung sind Gemeinden und Gemeindeverbände "Gebietskörperschaften". Zweckverbände können ihrem Wesen nach jedoch keine Gebietskörperschaften sein, da sich die Mitgliedschaft der Zweckverbandsmitglieder nicht nach dem Sitz bzw. Wohnsitz im Gebiet der Körperschaften richtet und da Zweckverbände ferner nicht mit Gebietshoheit ausgestattet sind¹¹⁾. Zweckverbände sind vielmehr ihrem Wesen nach Bundkörperschaften¹²⁾, deren

10) Vgl. auch Fußn. 11.

11) PAGENKOPF S. 121; PETERS, Grenzen S. 259; PFUNDNER-NEUBERT § 4 Anm. 1; SEYDEL S. 17; WOLFF Bd. II § 84 IV c) (S. 133 f.); vgl. auch oben § 2 III mit Fußn. 42 (S. 20).

12) WOLFF Bd. II § 84 IV c) 4) (S. 134); a. A. SEYDEL (S. 17), der im Anschluß an LAFORET (S. 193) den Zweckverband als Personalkörperschaft einstuft; doch sollte man den Begriff "Personalkörperschaft" denjenigen öffentlich-rechtlichen Körperschaften vorbehalten, deren Mitgliedschaft sich ausschließlich nach dem Willen oder einer bestimmten Eigenschaft eines Menschen richtet (vgl. WOLFF Bd. II § 84 IV c) 3) (S. 134). Zwar können auch neben den stets erforderlichen Gemeinden und Gemeindeverbänden natürliche Personen Zweckverbandsmitglieder sein (§ 3 Abs. 3 RZwVG und rhpf ZwVG; § 4 Abs. 2 nw KGemG; § 2 bw ZwVG); jedoch ist deren Mitwirkung stark beschränkt (vgl. § 15 Abs. 1 S. 2 nw KGemG; § 12 Abs. 2 S. 3 bw ZwVG) und bisher auch im Geltungsbereich des RZwVG u. rhpf ZwVG in der Praxis kaum vorgekommen (vgl. REHM, WZ 1963 S. 254).

maßgebliche Mitglieder ausschließlich juristische Personen sind, von denen die Zweckverbände ihre Organzuständigkeit ableiten. Neben der Verschiedenartigkeit in den Aufgaben ist es gerade das Fehlen der Gebietskörperschaftlichkeit, welches die Zweckverbände grundlegend von den Gemeindeverbänden im herkömmlichen Sinne trennt. Der nw Landesgesetzgeber hätte den Zweckverband demnach in § 5 Abs. 2 nw KGemG zumindestens als Gemeindeverband im weiteren Sinne bezeichnen müssen ¹³⁾.

Wenn im folgenden trotz der aufgezeigten Bedenken der Terminologie des nw KGemG gefolgt werden soll, so geschieht dies zunächst aus dem Grunde, weil der Zweckverband dem natürlichen Sprachgefühl nach ein Verband mehrerer Gemeinden, also ein "Gemeindeverband" ist ¹⁴⁾. Neben dem Verbandscharakter hat ferner der Zweckverband mit dem - im Sinne der Kommunallehre verstandenen - Gemeindeverband die Eigenschaft einer Selbstverwaltungskörperschaft gemeinsam. Das Selbstverwaltungsrecht des Zweckverbandes bezieht sich allerdings nicht auf die politische, sondern auf die körperschaftliche Selbstverwaltung ¹⁵⁾, nach der Körperschaften das Recht zusteht, die eigenen Angelegenheiten selbstverantwortlich "durch eigene Organe unter verschieden weitgehendem Aufsichts- und be-

13) Gleiche Kritik üben ROTHE, DÖV 1960 S. 926 u. GRAFE, DÖV 1961 S. 523. Daß der nw Landesgesetzgeber den Zweckverband als Gemeindeverband i.w.S. ansieht, ergibt sich deutlich aus der VwVO zu § 5 nw KGemG: "Absatz 2 bedeutet nicht, daß Vorschriften, die für Gemeindeverbände bestimmter Art, z.B. Ämter, Landkreise oder Landschaftsverbände, Bestimmungen treffen, auch auf den Zweckverband anzuwenden sind. ..Gemeint ist vielmehr, daß solche Vorschriften, die für "die Gemeindeverbände" unter Verwendung dieses Begriffs, meist in der Zusammenstellung "Gemeinden und Gemeindeverbände", getroffen werden, auf den Zweckverband Anwendung finden."

14) Aus dieser rein sprachlichen Überlegung heraus bezeichnete bereits im Jahre 1897 SCHOEN (S.356) die Zweckverbände als Gemeindeverbände; auch HOPPE (S.42) weist auf die Gemeinsamkeit der Verbandsform bei Gemeinde- und Zweckverband hin.

15) Zum Unterschied zwischen politischer und körperschaftlicher Selbstverwaltung: WOLFF Bd.II § 84 V (S. 135 ff.) und HOPPE S. 42 mit weit.Hinw. in Fußn. 3.

grenztem Weisungsrecht anderer Verwaltungsträger (Eigenverwaltung)" zu regeln und "denen bzw. deren Organen auftragsgemäße, weisungsabhängige Verwaltung von Angelegenheiten eines anderen Trägers öffentlicher Verwaltung (Fremdverwaltung) obliegen kann" 16).

Aus den aufgezeigten Gründen läßt sich der Zweckverband nur als Gemeindeverband im weiteren Sinne bezeichnen 17). Mit den Gemeindeverbänden im engeren Sinne hat der Zweckverband die Verbandsform sowie die Eigenschaft der Selbstverwaltungskörperschaftlichkeit gemeinsam; im Gegensatz zu den Gemeindeverbänden i.e.S. dient er nicht regulären, allgemeinen typischen Verwaltungszwecken, sondern erfüllt einzelne, vielfach atypische Verwaltungsaufgaben.

§ 14 Die Gleichheit der rechtsstaatlich-demokratischen Grundstruktur zwischen Gemeinden und Zweckverbänden

I. Das RZwVG steht noch unter dem Einfluß der Deutschen Gemeindeordnung v. 30.1.1935 (DGO) 1), auf die in § 6 Abs. 3 RZwVG ausdrücklich verwiesen wird. Dementsprechend wollte der damalige Gesetzgeber das in der DGO vorherrschende, nationalsozialistische "Führerprinzip" auf das RZwVG angewandt wissen. Das "Führerprinzip" kommt vor allem in § 25 Abs. 2 RZwVG zum Ausdruck, wonach "die Verwaltung und Vertretung des Zweckverbandes einem Leiter in voller und ausschließlicher Verantwortung anvertraut" werden kann. Da der Gedanke, etwa dem Bürgermeister oder Gemeindedirektor einer Mitgliedsgemeinde die Verwaltung und Vertretung des Zweckverbandes in alleiniger Verantwortung zu übertragen, der bereits aufgezeigten 2) rechtsstaatlichen Grundregel, wonach ein selbst unter demokratischen Voraussetzungen unmittelbar gewähltes monokratisches Vorsteherorgan niemals an Stelle eines Vertretungsorgans die Hauptfunktionen des als Hoheitsträger tätigen Delegatars allein wahrnehmen kann, widerspricht, bestehen an der Verfassungsmäßigkeit des § 25 Abs. 2 RZwVG große Bedenken.

16) HOPPE a.a.O.; in Art. 71 Abs. 1 S.1 bw LVerf wird den Zweckverbänden neben den Gemeindeverbänden ausdrücklich das Recht auf Selbstverwaltung garantiert.

17) Auch WOLFF Bd. II § 91 I b) (S.211) scheint nicht grundsätzlich den terminus "Gemeindeverband" bei der Bezeichnung des Zweckverbandes ausschließen zu wollen, wenn er davon spricht, daß Zweckverbände "keine Gemeindeverbände i.e.S." seien.

1) RGB1. I S. 49.

2) Vgl. im einzelnen oben S. 26 mit Fußn. 62.

Entgegen der beim Inkrafttreten des RZwVG vorherrschenden Staatsauffassung hat jedoch der Reichsgesetzgeber das "Führerprinzip" nicht für obligatorisch erklärt. Dies erfolgte wohl aus der Einsicht heraus, daß eine monokratische Form nach Art des "Führerprinzips" sich für den Zweckverband in der Verwaltungspraxis als ungeeignet erwiesen hat und zudem dem Verbandscharakter des Zweckverbandes grundsätzlich widerspricht ³⁾. Aus dieser Einsicht heraus hat der Reichsgesetzgeber der Bestimmung des § 25 Abs. 1 RZwVG eine Fassung gegeben, welche die durch den Zusammenbruch des Deutschen Reichs bedingten Umwälzungen überdauern konnte und sich den heutigen verfassungsmäßigen Gegebenheiten anzupassen vermochte: § 25 Abs. 1 bestimmt, daß die Verfassung von Zweckverbänden, "die überwiegend hoheitlichen Aufgaben dienen", "den Vorschriften über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden angeglichen werden" soll. Mit dieser verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Bestimmung ist eine Gleichheit der verfassungsmäßigen Grundstruktur zwischen Gemeinden und Zweckverbänden gewährleistet. Für eine Angleichung der Zweckverbandsverfassungen an die gemeindlichen Verfassungsgrundsätze genügt, daß die Zweckverbandsvertretungen lediglich auf mittelbaren Wahlen beruhende Organe sind, da das in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG festgelegte Prinzip der Unmittelbarkeit ausdrücklich nur für Landtags-, Landkreis- und Gemeindewahlen gilt. Soweit die Zweckverbände "überwiegend wirtschaftlichen Aufgaben dienen", soll nach § 26 Abs. 1 RZwVG die Verfassung und Verwaltung des Zweckverbandes grundsätzlich dem handelsrechtlichen Gesellschaftsrecht angepaßt werden. Als Vorbild kommen hier die Verfassungsformen der Aktiengesellschaft oder der GmbH in Betracht ⁴⁾. Die sich hierdurch ergebende Verschiedenheit in der Verfassungsstruktur von Gemeinden einerseits und wirtschaftlich orientierten Zweckverbänden andererseits führt zu einem Verbot hoheitsrechtlicher Delegationen. Gesellschaftsrechtlich organisierte Zweckverbände werden vielfach schon aus verwaltungstechnischen Gründen nicht als außerordentliche Hoheitsträger in Betracht kommen.

3) Vgl. SEYDEL S. 116.

4) Vgl. SEYDEL S. 117.

Eine Ausnahme von dem Delegationsverbot wird lediglich bei solchen Hoheitsrechten zu machen sein, die auch eine sich wirtschaftlich betätigende Gemeinde auszuüben vermag oder nach gesetzlichen Vorschriften sogar wahrzunehmen hat. In diesem Ausnahmefall werden die Gemeindeglieder durch eine Änderung der Zuständigkeitsordnung nicht nachteilig betroffen.

II. Der rheinland-pfälzische Landesgesetzgeber hat, um keine Zweifel an der demokratischen Struktur des Zweckverbandes aufkommen zu lassen, bei der Neufassung des Zweckverbandsrechts in § 25 Abs. 1 rhpf ZwVG die Organe des Zweckverbandes ausdrücklich bestimmt: die Verbandsversammlung als Beschlußorgan und den Verbandsvorsitzenden als Ausführungsorgan. Darüber hinaus hält die rhpf Neufassung des RZwVG die Unterteilung in Zweckverbände, die überwiegend hoheitlichen (§ 25) oder wirtschaftlichen (§ 26) Aufgaben dienen, bei.

III. Das nw KGemG sowie das bw ZwVG haben diese Unterteilung aufgegeben und für beide Gruppen von Zweckverbänden die gleiche Verfassungsstruktur vorgesehen. Nach § 14 nw KGemG sind Organe des Zweckverbandes die Verbandsversammlung sowie der Verbandsvorsteher. Nach § 11 bw ZwVG sind die Verbandsversammlung und der Verbandsvorsitzende Zweckverbandsorgane; als weiteres Organ kann nach § 11 Abs. 2 ein Verwaltungsrat gebildet werden.

Insgesamt ergibt sich aus den bestehenden Regelungen des Zweckverbandsrechts der Länder, daß, soweit hoheitsrechtliche Delegationen in Betracht kommen, Gleichheit in der rechtsstaatlich-demokratischen Grundstruktur zwischen Gemeinden und Zweckverbänden besteht.

§ 15 Die Ermächtigungsgrundlagen zur Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Zweckverbände

I. Die Ermächtigungsgrundlagen zur Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Zweckverbände sind in den Ermächtigungsnormen, die den Gemeinden den Zusammenschluß zu Zweckverbänden gestatten, enthalten. Ermächtigungsgrundlagen für die Bildung von Zweckverbänden sind die Bestimmungen der §§ 1, 7 bis 11 RZwVG und rhpf ZwVG, §§ 4, 9 bis 11 nw KGemG sowie der §§ 3, 6 bis 8 bw ZwVG.

Die Initiative zur Bildung eines auf freiwilliger Grundlage beruhenden Zweckverbandes (Freiverbandes) geht von den Gemeinden (oder Gemeindeverbänden) aus, indem diese untereinander eine Vereinbarung über die Verbandssatzung treffen ¹⁾. In die Verbandssatzung sind alle für den Zweckverband und dessen Rechtsverhältnisse wichtigen Bestimmungen wie die Namen der Verbandsmitglieder, die Aufgaben, den Namen und den Sitz des Verbandes usw. aufzunehmen ²⁾. Die Vereinbarung ist, da sie eine Veränderung der bestehenden Zuständigkeitsordnung bewirkt, ein Akt der Rechtsetzung und kann demnach, ebenso wie die öffentlich-rechtliche Vereinbarung, nur durch einen Ratsbeschluß des Gemeindevertretungsorgans erfolgen ³⁾. Im übrigen haben die Beteiligten die gleichen Wirksamkeitsvoraussetzungen wie beim Abschluß einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zu beachten ⁴⁾. Die aufsichtsbehördliche Genehmigung ist gleichfalls für die Bildung von Zweckverbänden erforderlich ⁵⁾. Die Verbandssatzung ist mit der Genehmigung in dem amtlichen Veröffentlichungsblatt der Aufsichtsbehörde bekanntzumachen ⁶⁾. Falls in der Genehmigung oder in der Verbandssatzung kein späterer Zeitpunkt bestimmt ist, entsteht der Zweckverband am Tage nach der öffentlichen Bekanntmachung ⁷⁾. Im Gegensatz zur öffentlich-rechtlichen Vereinbarung ist eine Rückwirkung der Verbandssatzung nicht möglich, da diese Satzung vor dem faktischen wie rechtlichen Bestehen des Zweckverbandes keine Rechtswirkungen zeitigen kann. Eine rückwirkende Delegation von Hoheitsrechten ist somit nicht möglich ⁸⁾.

1) § 7 Abs. 1 RZwVG u. rhpf ZwVG; § 9 Abs. 1 nw KGemG; § 6 Abs. 1 bw ZwVG.

2) § 24 RZwVG u. rhpf ZwVG; § 9 Abs. 2 nw KGemG; § 6 Abs. 2 bw ZwVG.

3) Siehe oben S. 75.

4) Wegen der Einzelheiten wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die oben auf S. 74 f. gemachten Ausführungen verwiesen.

5) §§ 7 Abs. 2, 11 Abs. 1 RZwVG u. rhpf ZwVG; § 10 nw KGemG; § 7 bw ZwVG.

6) § 11 Abs. 2 RZwVG u. rhpf ZwVG; § 11 Abs. 1 nw KGemG; § 8 Abs. 1 bw ZwVG.

7) § 11 Abs. 3 RZwVG u. rhpf ZwVG; § 11 Abs. 2 nw KGemG; § 8 Abs. 2 bw ZwVG.

8) Ebenso die Begründung zu § 14 RegEntw zum nw KGemG.

Die Folgen, die sich an die Entstehung des Zweckverbandes knüpfen, sind in § 2 Abs. 1 RZwVG und rhpf ZwVG, § 6 Abs. 1 nw KGemG und § 4 Abs. 1 bw ZwVG besonders hervorgehoben. Diese mit Ausnahme des bw ZwVG gleichlautenden Rechtsfolgebestimmungen haben folgenden Wortlaut:

"Das Recht und die Pflicht der an einem Zweckverband beteiligten Gemeinden und Gemeindeverbände 9) zur Erfüllung der Aufgaben, die dem Zweckverband gestellt sind, gehen auf den Zweckverband über."

Aus der klaren Fassung dieser Bestimmungen ergibt sich unmißverständlich, daß die Gesetzgeber zu einer "echten" Delegation von Hoheitsrechten ermächtigen wollten: der Zweckverband soll in dem Maße, in dem bisher die Gemeinden Hoheitsträger und Zuständigkeitsinhaber waren, eine neue außerordentliche Zuständigkeit erhalten; dieselben Kompetenzen, die bisher die Gemeinden ausübten, sollen auf den Zweckverband übergehen.

Eine "unechte, konservierende" Delegation kann nicht vorliegen, da die delegierenden Gemeinden neben dem Verlust ihrer regulären Zuständigkeit nach dem ausdrücklichen Wortlaut der zitierten Rechtsfolgevorschriften bei den Pflichtaufgaben auch von der Pflicht zur Erfüllung dieser Angelegenheiten entbunden werden; die Gemeinden können folglich nicht mehr *n e b e n* dem Zweckverband die gleichen Kompetenzen ausüben. Hinsichtlich der freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben erübrigt sich eine entsprechende Bestimmung, da insoweit keine gesetzliche Pflicht besteht, die auf den Zweckverband "übergehen" könnte.

Nach den Ausnahmenvorschriften des § 2 Abs. 2 RZwVG und rhpf ZwVG, des § 6 Abs. 2 S. 1 nw KGemG sowie des § 4 Abs. 2 bw ZwVG bleiben lediglich bereits bestehende Beteiligungen der Gemeinden (GV) an Unternehmen und Verbänden, die der gleichen oder einer ähnlichen Aufgabe dienen wie der Zweckverband, von der Delegation verschont. Auch in diesen Fällen liegt jedoch nicht etwa eine "unechte, konservierende" Delegation vor, da Gemeinden *u n d* Zweckverband nicht nebeneinander auf dem gleichen Aufgabengebiet tätig werden können. Vielmehr sind die Gemeinden dem Zweckverband gegenüber zu

9) Statt "Gemeindeverbände" heißt es in der im übrigen gleichlautenden Bestimmung des § 4 Abs. 1 bw ZwVG an dieser Stelle: "Landkreise".

den entsprechenden Rechtsgeschäften und Verwaltungsmaßnahmen verpflichtet, falls der Zweckverband nach der Verbandssatzung anzustreben hat, solche Beteiligungen anstelle seiner Verbandsmitglieder zu übernehmen ¹⁰⁾).

II. Zusammen mit dem Recht auf Erfüllung einzelner bestimmter Aufgaben kommen weitere Hoheitsrechte für eine Delegation auf den Zweckverband in Betracht:

1. Zunächst ist das Satzungsrecht des Zweckverbandes daraufhin zu untersuchen, ob es dem Zweckverband auf Grund einer Delegation als außerordentliches Hoheitsrecht oder kraft Gesetzes als ordentliches Hoheitsrecht zusteht.

Bei dieser Untersuchung ist von vornherein die Zweckverbandssatzung von den Satzungen, die ein Zweckverband auf dem ihm übertragenen Aufgabensektor erlassen kann, begrifflich zu unterscheiden. Die Verbandssatzung kommt erst durch die aufsichtsbehördlich genehmigte Vereinbarung der beteiligten Verbandsmitglieder zustande ¹¹⁾ und regelt die inneren Rechtsverhältnisse zwischen Zweckverband und Verbandsmitgliedern mit Wirkung nach außen. Demgegenüber enthalten die Satzungen, die der Zweckverband bei Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben erläßt, verbindliche Regelungen über Rechtsbeziehungen des Zweckverbandes gegenüber Dritten ¹²⁾. Die Zweckverbandssatzung ist mit der gemeindlichen Hauptsatzung vergleichbar: beiden ist der Charakter eines ergänzenden Verfassungstatuts gemeinsam. Die Hauptsatzung ist eine besondere Form der Gemeindeverfassung, in der nach den Worten DAVIDS ¹³⁾ die "durch die örtlichen Verhältnisse bedingten Besonderheiten ergänzend" geregelt werden, "wobei nur grundlegende und auf die Dauer angelegte Vorschriften dem Wesen der Hauptsatzung entsprechen". Der gemeindlichen Hauptsatzung entsprechend ist die Verbandssatzung die auf den Einzelfall zugeschnittene Verfassungsgrundlage des einzelnen Zweckverbandes nach Maßgabe der gesetzlich vorgeschriebenen, allgemeinen Zweckverbandsverfassung.

10) § 2 Abs.3 RZwVG u. rhpf ZwVG; § 6 Abs.2 nw KGemG; § 4 Abs.2 bw ZwVG.

11) Siehe oben S. 99 mit Anm. 1) bis 7).

12) A.A. SEYDEL (S. 114), der dem Zweckverband selbst das Recht zubilligt, die inneren Verhältnisse des Verbandes zu regeln. Dieses Recht steht m.E. jedoch allein den Zweckverbandsmitgliedern zu.

13) DAVID S. 102.

Die Zweckverbandssatzung kann somit ihrem Begriffe, ihrem Zwecke und der Art ihres Zustandekommens nach nicht auf einer Delegation der Mitgliedsgemeinden auf den Zweckverband beruhen.

Für die von dem Institut der Verbandssatzung zu unterscheidenden Satzungsbefugnisse des Zweckverbandes bestehen in den Zweckverbandsgesetzen teilweise voneinander abweichende Regelungen:

a) Nach § 6 Abs. 2 Satz 2 RZwVG und rhpf ZwVG steht dem Zweckverband für das ihm bestimmte Aufgabengebiet das Satzungsrecht nach Maßgabe des Gemeinderechts der Länder ¹⁴⁾ zu, soweit sich die Verbandsmitglieder ausschließlich aus Gemeinden und Gemeindeverbänden zusammensetzen. Der Zweckverband bedarf zum Erlaß von Satzungen gemäß § 6 Abs. 3 S. 1 RZwVG und rhpf ZwVG jeweils dann einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung, wenn ihm neben Gemeinden und Gemeindeverbänden andere öffentliche Körperschaften, Anstalten, Stiftungen oder natürliche und juristische Personen des Zivilrechts als Verbandsmitglieder angehören. Diese Einschränkung ist gerechtfertigt, weil ohne das Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung in diesen Fällen die Gefahr bestünde, daß die weiteren Verbandsmitglieder in ihrer Mehrheit gegen den Willen der beteiligten Gemeinden und Gemeindeverbände Satzungen auf deren Gebieten erlassen könnten.

Gem. § 28 Abs. 1 RZwVG und rhpf ZwVG kann die Verbandssatzung "vorsehen, daß der Zweckverband über die Benutzung seiner öffentlichen Einrichtungen sowie über die Erhebung von Gebühren und Beiträgen Satzungen erlassen kann". Aus der Wendung "kann vorsehen" in dieser Bestimmung ist zu ersehen, daß die Verbandssatzung die nach den Gemeindeordnungen ermöglichten Satzungsbefugnisse auf diesem Gebiet abändern oder einschränken kann. Welche Vorschriften des Gemeinderechts im einzelnen entsprechende Anwendung auf Zweckverbandssatzungen finden können, zeigt im einzelnen der in § 28

14) Wörtlich heißt es in § 6 Abs. 3 S. 2 RZwVG: "...nach Maßgabe der Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935 (Reichsgesetzbl. I S. 49)". An deren Stelle sind jetzt die Gemeindeordnungen der Länder getreten. Bei der Neufassung des Zweckverbandsrechts in RhPf ist ausdrücklich auf die rhpf GemO Bezug genommen worden (§ 6 Abs. 3 S. 2 rhpf ZwVG).

Abs. 2 RZwVG und rhpf ZwVG enthaltene Katalog auf: gemeinderechtliche Vorschriften "über Satzungen, über den Anschluß- und Benutzungszwang, über das Recht der Einwohner, Grundbesitzer und Gewerbetreibenden zur Benutzung öffentlicher Einrichtungen der Gemeinden, über die Erhebung von Gebühren und Beiträgen, über das Verwaltungszwangsverfahren sowie über die Entscheidung von Streitigkeiten" ¹⁵⁾.

Aus dieser nach dem RZwVG und rhpf ZwVG bestehenden Regelung ergibt sich, daß den Zweckverbänden eine eigene Satzungsgewalt bereits kraft Gesetzes zusteht, ohne daß Delegationen von Satzungsrechtsbefugnissen von den einzelnen beteiligten Gemeinden oder übrigen Mitgliedskörperschaften auf die Zweckverbände jeweils erforderlich sind. Diese Feststellung trifft auch auf die in § 28 RZwVG und rhpf ZwVG enthaltene Sonderregelung zu; denn die Verbandssatzung, die gem. § 28 für den Zweckverband eine Ermächtigung zum Erlaß von Satzungen enthält, beruht gleichfalls auf der gesetzlichen Grundlage des RZwVG und des rhpf ZwVG. Zu den nicht in § 28 Abs. 2 RZwVG und rhpf ZwVG besonders erwähnten Satzungsrechten gehört das Recht des Zweckverbandes, eine eigene Haushaltssatzung erlassen zu können. Die Möglichkeit eines eigenen Haushaltssatzungsrechts ergibt sich indirekt aus § 29 RZwVG und rhpf ZwVG. Nach dieser Bestimmung, die in Verbindung mit § 24 Abs. 1 Ziff. 5 RZwVG und rhpf ZwVG zu lesen ist, hat die Verbandssatzung zwingend die Deckung des Ausgabenbedarfs, insbesondere den Maßstab, nach dem die Verbandsmitglieder durch eine Umlage zur Deckung des Fehlbedarfs verpflichtet werden können, festzulegen. Auch dieses Hoheitsrecht des Zweckverbandes ist nicht von den Verbandsmitgliedern abgeleitet, sondern steht dem Zweckverband bereits kraft Gesetzes zu.

Bei Zweckverbänden mit überwiegend wirtschaftlichen Aufgaben kann nach der Ausnahmenvorschrift des § 26 Abs. 2 RZwVG und rhpf ZwVG

15) Satzungen über die Entscheidung von Streitigkeiten erübrigen sich, nachdem dieser Komplex nunmehr bundeseinheitlich durch die Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 (BGBl. I S. 17) geregelt worden ist.

die Verbandssatzung vorsehen, daß der Zweckverband eine Betriebsatzung erläßt, falls er ein wirtschaftliches Unternehmen betreibt. Für den Erlass von Betriebssatzungen gelten die allgemeinen Vorschriften der Gemeindeordnungen für das Satzungsrecht entsprechend ¹⁶⁾. Ferner gelangen die Eigenbetriebsverordnungen der Länder zur Anwendung ¹⁷⁾. Die überwiegend wirtschaftlich orientierten Zweckverbände nehmen somit die ihnen zustehenden Satzungsrechte ebenfalls nicht auf Grund erfolgter Delegationen seitens der Mitgliedskörperschaften, sondern kraft Gesetzes wahr.

b) Nach § 8 Abs. 4 nw KGemG steht dem Zweckverband das Recht, Satzungen zu erlassen, nach Maßgabe des Gemeinderechts, also ebenfalls kraft Gesetzes, für sein Aufgabengebiet zu. Gehören dem Zweckverband ferner auch Landkreise an, können, sofern die Verbandssatzung dies besonders bestimmt, auch die Bestimmungen der Landkreisordnung auf das Satzungsrecht des Zweckverbandes Anwendung finden (§ 8 Abs. 4 i.V. mit Abs. 2 S. 2). Im Gegensatz zu der im RZwVG und rhpf ZwVG getroffenen Regelung sind die in der nw GemO (bzw. nw Lkro) enthaltenen satzungsrechtlichen Vorschriften für das Satzungsrecht des Zweckverbandes nicht von subsidiärer Bedeutung, sondern sie haben verbindlichen Charakter. In der Verbandssatzung können demnach insoweit keine abweichenden Bestimmungen getroffen werden ¹⁸⁾.

16) In § 26 Abs. 2 RZwVG heißt es wörtlich: "Betriebssatzung nach § 74 der Deutschen Gemeindeordnung". An die Stelle dieser Bestimmung sind Art. 80 Abs. 2 bay GemO, § 94 Abs. 1 S. 2 nds GemO, § 87 Abs. 6 rhpf GemO, § 90 Abs. 1 saarl GemO und § 87 Abs. 1 schllh GemO getreten.

17) Die Eigenbetriebsverordnung vom 21.11.1938 (RGBl. I S.1650) gilt gem. Art. 123 Abs. 1 i.V. mit Art. 125, 70 u. 74 GG als Landesrecht weiter. Von den Ländern, in denen das RZwVG weitergilt, haben das Saarland mit der Eigenbetriebsverordnung vom 11.11.1954 (ABl. Saar S. 1415) und Hessen mit dem Eigenbetriebsgesetz vom 9.3.1957 (he GVBl. S. 19) Neuregelungen geschaffen. In Rheinland-Pfalz gilt die Eigenbetriebsverordnung vom 23.4.1965 (rhpf GVBl. S. 81).

18) Vgl. auch Begr. zu § 11 Ziff. 2 des RegEntw zum nw KGemG.

Obgleich das nw KGemG einen § 28 Abs. 2 RZwVG entsprechenden Katalog von Satzungsrechten nicht aufweist, stehen den nw Zweckverbänden die gleichen Satzungsrechtsbefugnisse zu, welche im einzelnen oben zu a) dargelegt wurden. Die Befugnis und zugleich die Pflicht, eine Haushaltssatzung zu erlassen, schreibt § 18 Abs. 1 nw KGemG für die Wirtschaftsführung der überwiegend hoheitlichen Zweckverbände vor; ausgenommen von der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Gemeindegewirtschaft sind lediglich die Bestimmungen über die Auslegung des Entwurfs der Haushaltssatzung sowie des Haushaltsplans und über das Rechnungsprüfungsamt (§ 18 Abs. 1 S. 2).

Eine den Bestimmungen des § 26 Abs. 2 RZwVG und rhpf ZwVG entsprechende Regelung ist in § 18 Abs. 2 nw KGemG enthalten; danach kommen für Zweckverbände, deren Hauptzweck der Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens oder einer eigenbetriebsähnlichen Einrichtung ist, die Vorschriften über Wirtschaftsführung und Rechnungswesen der Eigenbetriebe ¹⁹⁾ sinngemäß zur Anwendung, wobei anstelle der Haushaltssatzung der Wirtschaftsplan ²⁰⁾ tritt.

c) Die Vorschriften der §§ 5 Abs. 3 und 4 bw ZwVG über das Satzungsrecht des Zweckverbandes entsprechen, von geringfügigen Abweichungen abgesehen, der zu b) dargelegten Regelung des nw KGemG. Nach § 5 Abs. 3 können Satzungen des Zweckverbandes ausschließlich nach Maßgabe der bw GemO ergehen. Abs. 4 dieser Bestimmung enthält entsprechend § 28 Abs. 2 RZwVG und rhpf ZwVG einen Katalog von gemeinderechtlichen Vorschriften, die auf Zweckverbandssatzungen entsprechend Anwendung finden.

d) Als Ergebnis läßt sich danach feststellen, daß nach sämtlichen Zweckverbandsgesetzen die Zweckverbände eine ihnen kraft Gesetzes zustehende und nicht etwa von den Verbandsmitgliedern abgeleitete Sitzungsgewalt ausüben. Zweckverbände sind somit auf dem Gebiet der ihnen übertragenen Aufgaben außerordentliche Hoheitsträger, die mit eigener Sitzungsgewalt kraft Gesetzes ausgestattet sind.

19) §§ 8 - 22 nw Eigenbetriebsverordnung (EigBetrVO) vom 22.12.1953 (GS NW S. 181).

20) § 13 nw EigBetrVO.

Die Satzungsbefugnis eines Zweckverbandes unterscheidet sich somit ihrer Begründung nach von derjenigen eines Hoheitsträgers, dem im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung die besondere Ermächtigung erteilt werden kann, die Benutzung durch eine für das gesamte Gebiet der Beteiligten geltende Satzung zu regeln ²¹⁾. Eine Delegation von Satzungsbefugnissen auf einen Zweckverband kommt allenfalls dann vor, wenn dieser Zweckverband an einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung als Delegatar beteiligt ist.

2. Die Finanzhoheit des Zweckverbandes besteht in dem Recht auf eigene Finanz- und Haushaltswirtschaft. Die Zweckverbände sind kraft Gesetzes zur eigenen Wirtschaftsführung berechtigt und zugleich verpflichtet ²²⁾. Diese Wirtschaftsführung schließt bei den auf hoheitlichem Aufgabengebiet tätigen Zweckverbänden das Recht und zugleich die Pflicht zum Erlass einer Haushaltssatzung ein. Die Zweckverbände haben ferner das Recht, Gebühren und Beiträge zu erheben ²³⁾ sowie ihre Verbandsmitglieder zu einer jährlich festzusetzenden Umlage heranzuziehen, soweit die sonstigen Zweckverbandseinnahmen zur Deckung des Finanzbedarfs nicht ausreichen ²⁴⁾. Das Recht zur Erhebung von Steuern steht jedoch den Zweckverbänden nicht zu ²⁵⁾. Damit bestätigt sich die Feststellung PAGENKOPFs, daß Finanzhoheit und Steuerhoheit keine korrelativen Begriffe seien und daß insbesondere die Steuerhoheit nicht notwendig der Finanzhoheit immanent sei ²⁶⁾. Da die den Zweckverbänden zustehende Finanzhoheit nicht von den Verbandsmitgliedern abgeleitet ist, sondern auf gesetzlicher Grundlage beruht, scheidet eine finanzhoheitliche Delegation von Gemeinden auf Zweckverbände somit aus.

21) Siehe oben § 10 IV (S. 66 ff.).

22) Vgl. § 24 Abs. 1 Ziff. 5, § 29 RZwVG u. rhpf ZwVG, § 18 KGemG, §§ 15 u. 16 bw ZwVG.

23) Vgl. oben S. 103.

24) § 28 Abs. 1 RZwVG u. rhpf ZwVG, § 19 Abs. 3 S. 1 KGemG, § 16 Abs. 1 bw ZwVG.

25) § 6 Abs. 4 RZwVG u. rhpf ZwVG, § 19 Abs. 3 S. 2 KGemG, § 16 Abs. 3 bw ZwVG.

26) PAGENKOPF S. 90.

3. Soweit die Zweckverbände personalhoheitliche Befugnisse ausüben, handelt es sich ebenfalls um eigene Hoheitsbefugnisse der Zweckverbände, die diesen nach § 27 RZwVG und rhpf ZwVG, § 17 KGemG und § 14 bw ZwVG und nicht infolge Delegation zustehen. Das gleiche gilt für die Organ- und Organisationshoheit der Zweckverbände 27).

4. Sofern Zweckverbände die Eigenschaft von Planungsverbänden besitzen, handelt es sich bei der Planungshoheit um ein abgeleitetes Hoheitsrecht, das den Zweckverbänden delegiert worden ist. Die Bestimmung des § 4 BBauG 28) enthält eine Ermächtigungsgrundlage für die Bildung von Planungsverbänden, ohne jedoch Regelungen über die Verfassung dieser Verbände zu treffen; § 4 Abs. 8 BBauG verweist ausdrücklich auf die Regelungen des Zweckverbandsrechts. Nach den Vorschriften des § 32 nw KGemG sowie des § 26 Abs. 2 bw ZwVG finden diese Gesetze auf Planungsverbände entsprechende Anwendung, soweit sich aus dem BBauG nichts anderes ergibt. Im Geltungsbereich des RZwVG und rhpf ZwVG gilt eine entsprechende Regelung, ohne daß diese besonders in den beiden Gesetzen hervorgehoben ist. Nach diesen Ermächtigungsgrundlagen kann einem Zweckverband das Recht zur Aufstellung, Änderung, Ergänzung und Aufhebung von gemeinsamen Flächennutzungsplänen (§§ 5 - 7 BBauG) oder Bebauungsplänen (§§ 8 + 13 BBauG) delegiert werden. Der Bebauungsplan ist, da er rechtsverbindliche Festsetzungen für die städtebauliche Ordnung enthält (§ 8 Abs.1 BBauG), materielles Ortsrecht. Die Gemeinde oder der Zweckverband beschließen demnach den Bebauungsplan als Satzung (§ 10 BBauG). Es erscheint rechtlich unbedenklich, wenn die Gemeinden ihre gesamte Planungshoheit auf einen Zweckverband delegieren, da es sich bei diesem Aufgabenkomplex um gemeindliche Zweckaufgaben handelt 29). Im Interesse einer einheitlichen Gesamtplanung eines

27) Vgl. §§ 25 u. 26 rhpf ZwVG, §§ 14 bis 16 KGemG, §§ 11 bis 13 bw ZwVG. Im Geltungsbereich des RZwVG ergibt sich die Organ- und Organisationshoheit der Zweckverbände aus den einzelnen, auf der gesetzlichen Grundlage der §§ 25 und 26 RZwVG zwingend vorgeschriebenen Verbandssatzungen. Zum Begriff der Organ- und Organisationshoheit vgl. oben S. 16 mit Anm. 28) u. 29).

28) Bundesbaugesetz v. 23.6.1960 (BGBl. III 213-1).

29) Vgl. oben S. 29 f.

bestimmten zusammenhängenden Raumes wird die Delegation der gesamten Planungshoheit mehrerer Gemeinden oder sonstiger Gebietskörperschaften auf Zweckverbände in der Verwaltungspraxis oft vonnöten sein.

III. Obgleich es sich bei den nach Ziff. I und II 5.) möglichen Delegationen von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Zweckverbände um "echte" Delegationen handelt, gehen den Gemeinden Einfluß- und Mitwirkungsmöglichkeiten nicht vollständig verloren. Als Mitglieder des Zweckverbandes können die Gemeinden sich durch ihre stimmberechtigten Vertreter auf dem übertragenen Aufgabensektor weiterhin mitgestaltend betätigen. Die Weisungsgebundenheit der in die Verbandsversammlung entsandten Vertreter der Verbandsmitglieder an die Beschlüsse der jeweiligen Gemeindevertretungen wurde zwar von der überkommenden Lehre zur Zeit des vor dem RZwVG geltenden preußischen Zweckverbandsgesetzes vom 19.7.1911 ³⁰⁾ überwiegend mit der Begründung abgelehnt, daß sich die Machtvollkommenheit der damals so bezeichneten "Verbandsausschußabgeordneten" nicht auf eine Bevollmächtigung durch die verbandsangehörige Gemeinde, sondern ausschließlich auf das Gesetz stütze; ähnlich wie Parlamentsabgeordnete könnten somit auch Verbandsausschußabgeordnete nur nach ihrer eigenen Überzeugung Entscheidungen treffen ³¹⁾. Diese bereits im Jahre 1917 von OTTO MAYER ³²⁾ angefochtene Ansicht gilt spätestens seit SEYDEL ³³⁾ (1955) als überholt. SEYDEL weist zu Recht auf die in den einzelnen Gemeindeordnungen enthaltenen Bestimmungen über die Vertretung der Gemeinden im wirtschaftlichen Unternehmen hin ³⁴⁾, nach denen die Vertreter der Gemeinden an deren Weisungen ausdrücklich gebunden sind. Die heute in der Lehre dem Ergebnis nach unwidersprochene Meinung SEYDELS ³⁵⁾ wird durch die Vorschrift des § 12 Abs. 4 bw ZwVG bestätigt, in der

30) PrGs S. 115.

31) Statt aller: NEUWIEM S. 168.

32) OTTO MAYER S. 690 mit Fußn. 13.

33) SEYDEL S. 118 f.; ebenso REHM, WGZ 1963 S. 255.

34) Vgl. § 88 Abs. 1 S. 3 bw GemO; § 101 Abs. 1 S. 2 he GemO; § 92 Abs. 1 S. 2 nds GemO; § 72 Abs. 1 S. 2 nw GemO; § 83 Abs. 1 S. 3 rhpf GemO; § 86 Abs. 1 S. 2 saarl GemO; § 85 Abs. 1 S. 2 schlh GemO, nach denen die Vertreter der Gemeinden an deren Weisungen ausdrücklich gebunden sind.

35) SEYDEL (S.120) führt zur Begründung seiner Meinung weiter aus, es sei nicht einzusehen, weshalb die in Zweckverbände entsandten Vertreter eine andere Behandlung erfahren sollten als die gemeindlichen Vertreter in den Organen der Handelsgesellschaften. Dieser Argumentation SEYDELS kann indessen nicht

ausdrücklich bestimmt ist, daß die Verbandsmitglieder ihren Vertretern in der Verbandsversammlung Weisungen erteilen können.

IV. Das Recht der Gemeinde, die auf den Zweckverband delegierten Hoheitsrechte wieder an sich zu ziehen, ist durch die einzelnen Zweckverbandsgesetze sehr erschwert. Diese gesetzlichen Beschränkungen haben ihren Grund darin, daß das Bestehen des Zweckverbandes nicht durch ein jederzeit ausübbares Kündigungsrecht eines Zweckverbandsmitgliedes gefährdet werden soll. Soweit in den Zweckverbandssatzungen über die Kündigung keine Regelung enthalten ist, ist nach § 21 Abs. 2 RZwVG und rhpf ZwVG eine einstimmige Zustimmung aller Verbandsmitglieder, nach § 20 Abs. 1 nw KGemG sowie § 17 Abs. 1 bw ZwVG eine qualifizierte Mehrheit der Verbandsversammlung beim Ausscheiden einer beteiligten Gemeinde erforderlich. Mit SEYDEL³⁶⁾ ist darüber hinaus eine Kündigungsmöglichkeit in Anlehnung an die im zivilen Gesellschaftsrecht mögliche Kündigung aus wichtigem Grund zuzulassen.

V. Neben den bei der Zweckverbandsgründung erfolgenden Delegationen von Hoheitsrechten können weitere Delegationen bei einer späteren Änderung der Zweckverbandssatzung eintreten, insbesondere bei einem Beitritt weiterer Verbandsmitglieder oder bei einer Änderung der Aufgaben des Zweckverbandes.

1. Der freiwillige Beitritt neuer Mitglieder in einen bereits bestehenden Zweckverband führt zu den gleichen Zuständigkeitsveränderungen im Verhältnis der eintretenden Gemeinden zum Zweckverband wie bei einer Zweckverbandsgründung. Es kann daher wegen der Einzelheiten bei diesen Delegationsvorgängen auf die bereits durchgeführte Untersuchung zu I. verwiesen werden. Der Hinzutritt neuer Verbandsmitglieder ist in der Regel von der Zustimmung der Mehrheit der bereits dem Verband angehörenden Mitglieder abhängig.

gefolgt werden. Zwar waren nach § 70 Abs. 1 und 2 DGO die von der Gemeinde bestellten Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrates von Aktiengesellschaften mit Gemeindebeteiligungen den Weisungen der Gemeinde unterworfen. Eine solche Weisungsbefugnis steht jedoch in Widerspruch zu den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts, wonach die Frage nach dem Wohl und Nutzen des jeweiligen Betriebes vorrangig ist. (Vgl. §§ 76 Abs.1, 93, 111, 116 AktG, §§ 35 ff, 43 GmbHG). Zu dieser Problematik eingehend GÖNNENWEIN S. 504 f. sowie IPSEN, JZ 1955 S. 597 mit weit.ausf.Hinweisen auf Lit.und Rspr.

36) SEYDEL S. 129.

Nach § 21 Abs. 1 S. 1 RZwVG und rhpf ZwVG kann die Verbandssatzung Vorschriften über die Voraussetzungen und das Verfahren für den Beitritt neuer Mitglieder vorsehen; andernfalls ist ein neues Gründungsverfahren mit erneut zu vereinbarender Verbandssatzung erforderlich (§ 21 Abs. 1 S. 2). Nach § 20 Abs. 1 nw KGemG und § 17 Abs. 1 bw ZwVG ist für den Beitritt von Verbandsmitgliedern eine qualifizierte Mehrheit der Verbandsversammlung oder, falls dies die Verbandssatzung besonders vorsieht, darüber hinaus die Zustimmung einzelner oder aller Verbandsmitglieder erforderlich.

2. Beachtung verdient schließlich die nachträgliche Änderung der dem Zweckverband obliegenden Aufgaben. Die Änderung von Verbandsaufgaben hat stets eine Änderung der bestehenden Zuständigkeitsordnung zur Folge. Durch eine Änderung wird die bisherige außerordentliche Zuständigkeit des Zweckverbandes erweitert oder eingeschränkt, so daß damit auch die ursprüngliche Delegation eine Erweiterung oder Beschränkung erfährt. Da bereits die Begründung der außerordentlichen Zuständigkeit des Zweckverbandes bei einer Delegation des Einverständnisses aller Beteiligten bedarf, wird man grundsätzlich auch bei der Ausdehnung oder Einschränkung des Kompetenzbereichs eines auf freiwilliger Grundlage beruhenden Zweckverbandes von dem Erfordernis des Einverständnisses aller Mitgliedskörperschaften auszugehen haben. Würde man die Änderung von Verbandsaufgaben lediglich von einer qualifizierten oder auch nur einfachen Stimmenmehrheit der Verbandsversammlung abhängig machen, liefe dies letztlich auf eine Zuständigkeitsänderung gegen den Willen der Minderheit der Mitgliedskörperschaften und somit auf eine mit der "echten" Delegation unvereinbare Zwangsregelung hinaus.

Dieser Überlegung folgt die Bestimmung des § 20 Abs. 1 S. 2 nw KGemG, wonach Beschlüsse zur Änderung der Zweckverbandsaufgaben einstimmig gefaßt werden müssen. Die Einstimmigkeit sämtlicher Vertreter in der Verbandsversammlung kann ohne Einverständnis aller Verbandsmitglieder nicht erfolgen, da die von den Verbandsmitgliedern in die Verbandsversammlung entsandten Vertreter an deren Weisungen gebunden sind ³⁷⁾.

37) Siehe oben S. 108 f.

Eine zusätzlich erklärte Zustimmung aller Verbandsmitglieder ist demnach nicht grundsätzlich erforderlich; nach § 20 Abs. 1 S. 1, 2. Halbs. nw KGemG kann die Verbandssatzung gleichwohl die Änderung von der zusätzlichen Zustimmung aller Verbandsmitglieder abhängig machen.

Nach der VerwO zu § 20 nw KGemG liegt eine Änderung der Aufgaben des Zweckverbandes jedoch nur dann vor, "wenn der Zweckverband neue Aufgaben übernimmt oder bisherige Aufgaben aufgibt, nicht dagegen bei einer bloßen Modifikation (Erweiterung oder Einschränkung) einer bereits bestehenden Aufgabe". Gegen diese Auffassung ist jedoch einzuwenden, daß Modifikationen zur Einschränkung des gemeindlichen Wirkungskreises und somit zur Erweiterung der außerordentlichen Hoheitsgewalt des Zweckverbandes gegen den Willen der betroffenen Gemeinden führen können. Eine Ausnahme dürfte lediglich bei geringfügigen, sich aus der Natur der Zweckverbandsaufgaben im Laufe der Zeit von selbst ergebenden Modifikationen, die ohne spürbaren Einschnitt in die gemeindliche Hoheitssphäre bleiben, zu machen sein, da anderenfalls naturnotwendige und sinnvolle Änderungen an der uneinsichtigen Ablehnung eines einzelnen Verbandsmitgliedes scheitern könnten.

Nach § 21 Abs. 2 RZwVG und rhpf ZwVG ist bei freiwilligen Zweckverbänden die Zustimmung sämtlicher Verbandsmitglieder Voraussetzung für jede Änderung der Verbandssatzung, soweit die Verbandssatzung keine besonderen Vorschriften enthält. Aus den dargelegten Gründen werden die zuständigen Aufsichtsbehörden bei der Genehmigung von Verbandssatzungen darauf zu achten haben, daß diese nur im Falle geringfügiger Modifikationen Sondervorschriften für Änderungen der Verbandsaufgaben enthalten dürfen.

Die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Satz 1 bw ZwVG macht die Änderung der Verbandssatzung von einem mit qualifizierter Stimmenmehrheit zustande gekommenen Beschluß der Verbandsversammlung abhängig. Diese Regelung unterliegt starken Bedenken, da sie die Gefahr einer Majorisierung der Minderheit enthält und Eingriffe in die gemeindlichen Hoheitsrechte der in der Minderzahl befindlichen Verbandsmitglieder zuläßt. Obgleich mit REHM³⁸⁾ nicht zu verken-

38) REHM, WGZ 1963 S. 257.

nen ist, daß bei dem Erfordernis einer Einstimmigkeit aller Verbandsmitglieder dringende und zweckmäßige Änderungen an dem unbegründeten Widerspruch eines einzelnen Mitgliedes scheitern können, besteht hier die zumindestens gleich große Gefahr, daß die Minderheit der Verbandsmitglieder der unbeschränkten Eingriffsmöglichkeit der Mehrheit ausgesetzt ist. Die Regelung des § 17 Abs. 1 S. 1 bw ZwVG stellt die auf dem Grundsatz des freiwilligen Zusammenschlusses beruhende Institution des Zweckverbandes in Zweifel. Da gem. § 10 bw ZwVG ein Pflichtverband nur zur Erfüllung von Pflichtaufgaben gebildet werden kann, wird es einer qualifizierten Mehrheit von Verbandsmitgliedern durch die Regelung des § 17 Abs. 1 S. 1 gleichwohl ermöglicht, Selbstverwaltungsaufgaben gegen den Willen der Minderheit auf den Zweckverband zu übertragen und diesen Gemeinden die hiermit verbundenen Hoheitsrechte zwangsweise zu entziehen. Wie GRAFE ³⁹⁾ zutreffend bemerkt, werden Gemeinden bei fehlender Einstimmigkeit gegen ihren Willen gezwungen, Aufgaben innerhalb des Zweckverbandes wahrzunehmen, an die sie bei ihrem Eintritt nicht gedacht haben. Bei der Vereinbarung der Verbandssatzung sollten daher die bw Verbandsmitglieder wie auch die für die Genehmigung der Verbandssatzung zuständigen bw Aufsichtsbehörden darauf achten, daß von der Bestimmung des § 17 Abs. 1 S. 3 bw ZwVG, wonach die Verbandssatzung vorschreiben kann, daß der Beschluß der Verbandsversammlung bei Änderung der Verbandsaufgaben der Zustimmung aller Verbandsmitglieder bedarf, stets Gebrauch gemacht wird. Eine auf qualifiziertem Mehrheitsbeschluß der Verbandsversammlung beruhende Aufgabenänderung ist lediglich -wie in den übrigen Ländern auch- bei einer geringfügigen Modifikation des dem Zweckverband obliegenden Aufgabenkomplexes zuzulassen.

VI. Die Delegation von Hoheitsrechten auf Zweckverbände hat seit Bestehen zweckverbandlicher Ermächtigungsgrundlagen von sämtlichen gemeindlichen Delegationen die weitaus größte Bedeutung gehabt.

39) GRAFE, DÖV 1961, S. 523.

Im gesamten Deutschen Reich bestanden nach dem Stand vom 31.3.1937 insgesamt 14 926 Zweckverbände, hiervon allein 9 620 Schulverbände⁴⁰⁾.

Im Bundesgebiet waren nach den zuletzt im Jahre 1950 durchgeführten Erhebungen noch 6 241 Zweckverbände vorhanden⁴¹⁾.

In den einzelnen Bundesländern ergibt sich nach den jeweiligen letzten Erhebungen folgendes Gesamtbild.

Es bestanden:

in Baden-Württemberg im März 1962 701 Zweckverbände⁴²⁾

in Bayern am 31.12.1964 insgesamt 2850 Zweckverbände⁴³⁾; hiervon waren allerdings 2573 sondergesetzliche Zweckverbände (2166 Schulverbände, 349 Wasserverbände und 58 Bodenverbände), so daß lediglich 277 Zweckverbände auf der Grundlage des RZwVG bestanden;

in Hessen am 31.5.1964 insgesamt 840 Zweckverbände⁴⁴⁾; hiervon allerdings nur 84 Zweckverbände auf der Rechtsgrundlage des RZwVG; von den 756 Sonderzweckverbänden waren 317 Schulverbände und 257 Wasser- und Bodenverbände;

in Niedersachsen am 31.12.1963 insgesamt 966 Zweckverbände mit eigener Rechnungsführung (hiervon allein 674 Schulverbände)⁴⁵⁾ sowie ferner 41 Zweckverbände ohne eigene Rechnungsführung auf der Grundlage des RZwVG⁴⁶⁾;

in Nordrhein-Westfalen am 31.12.1958 insgesamt 525 Zweckverbände, hiervon 277 Gesamtschulverbände und 49 Wasserverbände⁴⁷⁾;

in Rheinland-Pfalz am 31.12.1963 1259 Zweckverbände einschließlich der Sonderzweckverbände (hiervon 289 Schulverbände und 89 Wasser- und Bodenverbände⁴⁸⁾;

40) Entnommen aus "Wirtschaft und Statistik" 1938 S. 965)mit eingehender Aufgliederung nach Aufgabenbereichen.

41) Dem Verf. mitgeteilt vom Statistischen Bundesamt am 16.9.1965.

42) Mitgeteilt vom Innenministerium Baden-Württemberg.

43) Mitgeteilt vom Bayerischen Statistischen Landesamt.

44) Mitgeteilt vom Hessischen Statistischen Landesamt.

45) Entnommen aus: "Statistische Monatshefte für Niedersachsen", Januar 1965 (S. 34) (mit eingehender Aufgliederung nach Aufgabenbereichen).

46) Mitgeteilt vom Niedersächsischen Landesverwaltungsamt -Statistik-.

47) Mitgeteilt vom Innenministerium Nordrhein-Westfalen.

48) Mitgeteilt vom Statistischen Landesamt Rheinland-Pfalz.

im Saarland

am 31.12.1963 103 Zweckverbände mit eigener Rechnungsführung, hiervon 14 Schulverbände, 5 Wasser- und Bodenverbände sowie 84 Zweckverbände auf der Grundlage des RZwVG (49);

in Schleswig-Holstein

am 31.12.1963 insgesamt 1130 Zweckverbände, hiervon 179 Schulverbände, 763 Wasser- und Bodenverbände sowie 170 Zweckverbände auf der Grundlage des RZwVG (50).

§ 16 Die Vereinbarkeit des Delegationsbegriffs mit den Rechtsinstituten des Pflichtverbandes (I.) und des gesetzlichen Zweckverbandes (II.)

I. Der Pflichtregelung bei öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen entsprechend ist nach den Zweckverbandsgesetzen auch bei Zweckverbänden ein zwangsweiser Zusammenschluß möglich: nach § 15 Abs. 1 S. 1 RZwVG und rhpf ZwVG, § 13 nw KGemG sowie § 10 bw ZwVG können die zuständigen Aufsichtsbehörden bei Vorliegen dringender Gründe des öffentlichen Wohles Pflichtverbände zur Durchführung von Pflichtenaufgaben bilden ¹⁾; nach § 15 Abs. 1 S. 2 RZwVG und rhpf ZwVG kann die nächsthöhere Aufsichtsbehörde unter den gleichen Voraussetzungen auch bei freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben Pflichtverbände bilden. Die letztgenannte Bestimmung ist jedoch mit Art. 28 Abs. 2 GG und den landesverfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantien ²⁾, die nur auf Grund eines Gesetzes und unter Wahrung des absoluten Wesenskerns der Selbstverwaltung Eingriffe gestatten, unvereinbar und somit als verfassungswidrig anzusehen ³⁾. Bei den im übrigen zulässigen Zwangsbildungen von Zweckverbänden handelt es sich aus den gleichen Gründen wie bei den bereits behandelten Pflichtregelungen ⁴⁾ lediglich um "unechte, zuweisende" Delegationen.

49) Mitgeteilt vom Statistischen Landesamt des Saarlandes.

50) Mitgeteilt vom Statistischen Landesamt Schleswig-Holstein.

1) Von den 525 Zweckverbänden in NW waren lediglich 24 Pflichtverbände; die Anzahl der Pflichtverbände in den übrigen Bundesländern war nicht zu ermitteln.

2) Siehe oben § 12 Fußn. 1 (S. 89).

3) Ebenso SEYDEL S. 111; eingehend STOCKMEIER, Kommunale Pflichtverbände und Grundgesetz, Diss.jur. Münster 1960 passim.

4) Siehe oben § 12 I (S. 89).

II. Von den bestehenden Zweckverbandsgesetzen gewährt darüber hinaus allein das nw KGemG in § 22 die Möglichkeit der Bildung eines gesetzlichen Zweckverbandes zur gemeinsamen Erfüllung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben, sofern sich die Beteiligten über den Zusammenschluß zu einem Freiverband nicht einigen konnten. Diese zum Teil ablehnend ⁵⁾ und kritisch ⁶⁾ bewertete Bestimmung ist gleichwohl mit Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 78 nw LVerf in Einklang zu bringen ⁷⁾; ein gesetzlich begründeter Zweckverband ist verfassungsmäßig, solange die Selbstverwaltung der betroffenen Gemeinden in ihrem Wesenskern unangetastet bleibt ⁸⁾. Bei einer nicht zustandekommenden Einigung unter den Beteiligten wird bei der sich daran anschließenden Begründung eines gesetzlichen Zweckverbandes in der Praxis ein Teil der Betroffenen mit der gesetzlichen Regelung einverstanden sein und diese sogar begrüßen. Dennoch kann aus den gleichen Gründen, die bereits im einzelnen bei der Behandlung der gesetzlichen Regelung von öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen ⁹⁾ dargelegt wurden, auch hier keine "echte", sondern nur eine "unechte, zuweisende" Delegation (delegatio a iure) vorliegen ¹⁰⁾.

3. Kapitel: Die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Samtgemeinden

§ 17 Begriff und Rechtsgrundlage der Samtgemeinden

Samtgemeinden sind öffentlich-rechtliche Zusammenschlüsse mehrerer innerhalb eines Landkreises aneinandergrenzender Gemeinden und gemeindefreier Grundstücke zu einem engeren kommunalen Verband zur Selbstverwaltung der ihnen durch Gesetz oder öffentlich-rechtliche

-
- 5) Abg. Dr. Kaßmann (SPD) bei der I. Lesung zum Entwurf eines KGemG am 15.12.1958 (Mat.Bd. I S. 104).
6) GRAFE, DÖV 1961 S. 524.
7) Vgl. auch oben § 12 II (S. 90 f.).
8) Vgl. oben § 2
9) Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf oben, § 12 II (S. 90 f.) verwiesen.
10) Die Bildung eines gesetzlichen Zweckverbandes auf der Grundlage des § 22 nw KGemG ist bisher in NW noch nicht erfolgt.

Vereinbarung übertragenen örtlichen Angelegenheiten ¹⁾).

"Samtgemeinden" führen diesen Namen nur noch in Niedersachsen; in Nordrhein-Westfalen, in Rheinland-Pfalz, im Saarland und in Schleswig-Holstein ²⁾ wird die Samtgemeinde als "Amt" bezeichnet ³⁾.

Gesetzliche Grundlagen für Samtgemeinden sind: die Bestimmungen der §§ 71 - 79 nds GemO i.V. mit der nds Samtgemeindeverordnung vom 27.6.1963 (nds SgVO) ⁴⁾, die nw Amtsordnung v. 10.3./11.8.1953 (nw AmtsO) ⁵⁾, die rhpf Amtsordnung in der Neufassung vom 25.9.1964 (rhpf AmtsO) ⁶⁾, die saarländische Amtsordnung in der Neufassung vom 15.1.1964 (saarl AmtsO) ⁷⁾ sowie die schlh Amtsordnung vom 24.5.1966 (schlh AmtsO) ⁸⁾.

-
- 1) Vgl. PAGENKOPF S. 53 f.; 189 ff.; abweichend WOLFF (Bd.II § 88 I b), S.185), nach dessen Definition den Samtgemeinden auch die Selbstverwaltung der überörtlichen Angelegenheiten zusteht.
 - 2) In den schlh Kreisen Husum, Norder- und Süderdithmarschen bestehen noch die amtsähnlichen Kirchspielslandgemeinden, für welche nach § 24 schlh AmtsO eine Sonderregelung besteht.
 - 3) Die Kommunallehre hat bisher überwiegend für die nw, rhpf, saarl und schlh Ämter die Gesamtbezeichnung "Samtgemeinden" beibehalten, die ursprünglich in den preußischen Gebieten nach § 126 Abs. 1 pr GemO v. 11.3.1850 (PrGS S. 213) einheitlich galt. In der Rheinprovinz wurde die Bezeichnung "Amt" erst durch das pr Gesetz v. 27.12.1927 (PrGS S. 211) einheitlich eingeführt. WOLFF (Bd.II § 88 I, S. 185) befürwortet die Beibehaltung der Begriffsbezeichnung "Samtgemeinde", um Verwechslungen mit dem "Amt" im organisationsrechtlichen Sinne zu vermeiden; zudem deute das Wort "Samtgemeinde" sprachlich besser auf den Gemeindeverbandscharakter dieser Körperschaften hin. ELLERINGMANN (Amtsverband S. 9 ff.) schlägt aus den gleichen Gründen die Bezeichnung "Amtsverband" vor. GÖNNENWEIN (S.411 ff.) verwendet die Begriffe "Amt" und "Samtgemeinde" getrennt nebeneinander. Im folgenden wird dem Beispiel des überwiegenden Teils der Lehre folgend (vgl.a. PAGENKOPF a.a.O., SEYDEL S. 18 f., 36 f.) an dem Oberbegriff "Samtgemeinde" festgehalten.
 - 4) Nds GVBl. S. 306.
 - 5) (nw GS S. 207) i.d.F.v. 30.5./20.12.1960 (nw GVBl.S.155/445).
 - 6) Teil B des Selbstverwaltungsgesetzes für Rheinland-Pfalz v. 27.9.1928 (rhpf GVBl.S. 335) i.d.Neufassung des Gesetzes vom 25.9.1964 (rhpf GVBl. S. 145).
 - 7) Teil B des saarl.Gesetzes Nr.788 über die Selbstverwaltung der Gemeinden, Ämter und Landkreise (Kommunalselbstverwaltungsgesetz) v. 15.1.1964 (saarl AB1.S. 123).
 - 8) Schlh GVBl. S. 96.

Wesen und Rechtsnatur der Samtgemeinden lassen sich maßgeblich aus deren Aufgabenkreis und Verbandscharakter her bestimmen. Zwar wird in keiner der aufgeführten gesetzlichen Grundlagen die Samtgemeinde ausdrücklich als "Gemeindeverband" bezeichnet; doch handelt es sich bei der in § 1 Abs. 1 nw AmtsO gewählten Formulierung "Ämter.... sind Verbände mehrerer aneinandergrenzender Gemeinden und gemeindefreier Grundstücke desselben Kreises" - wie ELLERINGMANN ⁹⁾ zutreffend hervorhebt - um eine die Verbandsform sprachlich exakt verdeutlichende "Auseinanderziehung des einheitlichen Wortbegriffs 'Gemeindeverband' ". Das gleiche gilt für die sprachlich ähnlich gefaßten Legaldefinitionen in § 2 S.1 rhpf AmtsO ¹⁰⁾ sowie in § 1 Abs. 1 saarl AmtsO ¹¹⁾. In § 71 Abs. 3 S. 1 nds GemO werden die Samtgemeinden als "Kommunalverbände" bezeichnet, womit ebenfalls deren Verbandscharakter hervorgehoben wird. Auch die in § 4 Abs. 4 schlh AmtsO lediglich als "Körperschaften des öffentlichen Rechts" bezeichneten Ämter sind Verbände mehrerer Gemeinden und demnach bereits der Wortbedeutung nach "Gemeindeverbände".

Eine genauere Bestimmung der Rechtsnatur der Samtgemeinden läßt sich erst aus der Art des ihnen obliegenden Aufgabenkreises her treffen. Grundanliegen der Samtgemeinden ist es, die ihnen angehörigen Gemeinden in der Verwaltungsführung zu unterstützen ¹²⁾, deren Verwaltungskraft zu stärken ¹³⁾ und deren Selbstverwaltung zu fördern ¹⁴⁾. Die zu diesem Zweck zu erfüllenden Aufgaben können die Samtgemeinden allerdings nicht aus eigener Allzuständigkeit wahrnehmen ¹⁵⁾, so daß Samtgemeinden keinen eigenen primären Aufgabenkreis haben.

9) ELLERINGMANN, Amtsverband S. 18.

10) "Ämter sind Verbände benachbarter kreisangehöriger Gemeinden des gleichen Landkreises."

11) "Die Ämter sind Verbände benachbarter Gemeinden eines Landkreises."

12) So ausdrücklich: § 1 Abs. 2 saarl AmtsO, § 1 Abs.1 schlh AmtsO.

13) Vgl. § 71 Abs. 1 nds GemO.

14) So ausdrücklich § 2 Abs. 2 rhpf AmtsO.

15) A.A. SEYDEL S. 19.

Vielmehr behalten die den Samtgemeinden gesetzlich obliegenden Fremdverwaltungsaufgaben wie auch die durch besondere Vereinbarung übertragenen gemeindlichen Selbstverwaltungsaufgaben weiterhin ihren örtlichen Charakter bei ¹⁶⁾. Im Rahmen dieses stets abgeleiteten Wirkungskreises steht allerdings den Samtgemeinden das Recht auf Selbstverwaltung zu ¹⁷⁾.

Folgt man der Definition HOPPEs ¹⁸⁾, derzufolge für jeden Gemeindeverband die Erfüllung überörtlich-primärer Angelegenheiten begriffswesentlich ist, so können die Samtgemeinden als Verbände ohne unmittelbar eigenen überörtlichen Wirkungskreis nicht zu den Gemeindeverbänden i.e.S. gezählt werden.

Andererseits unterscheiden sich die Samtgemeinden von den Zweckverbänden dadurch, daß sie nicht wie diese einer gesetzlichen Beschränkung auf die Wahrnehmung einzelner, bestimmter Aufgaben unterliegen ¹⁹⁾.

Obleich die Samtgemeinden über keine Allzuständigkeit verfügen, ist bei ihnen gleichwohl eine weitgehende Tendenz zur Universalität festzustellen ²⁰⁾. Mit dem überwiegenden Teil der Lehre wird man daher die Samtgemeinden noch zu den Gemeindeverbänden i.e.S. rechnen können ²¹⁾.

Darüber hinaus sind Samtgemeinden ihrer Rechtsnatur nach Gebietskörperschaften. Zwar haben nach § 1 Abs. 1 S. 2 nw AmtsO die nw Ämter lediglich die "Rechtsstellung von Gebietskörperschaften"; diese Legaldefinition steht jedoch im Widerspruch zu der der nw AmtsO im Range nach vorgehenden nw LVerf, nach der Gemeindeverbände (im engeren Sinne) stets auch Gebietskörperschaften sind (Art. 78 Abs.1). Für die Gebietskörperschaftlichkeit der nw Ämter sowie auch der übrigen Samtgemeinden spricht maßgeblich, daß sich die Mitgliedschaft zu diesen Verbänden nach dem Sitz oder Wohnsitz

16) Vgl. WOLFF Bd. II § 88 VI b) 1 (S. 190).

17) ELLERINGMANN, Amtsverband S. 19 f.; GÖNNENWEIN S. 416; PAGENKOPF a.a.O.; WOLFF Bd. II § 88 VI a) 2 (S. 189).

18) HOPPE S. 65.

19) Siehe oben § 13 (S. 91).

20) ELLERINGMANN, Amtsverband S. 20; WOLFF a.a.O. (S. 189).

21) Ebenso: ELLERINGMANN a.a.O.; GÖNNENWEIN S. 417; PAGENKOPF a.a.O.; WOLFF Bd. II § 85 III b) 3 (S. 143), § 88 I b) (S. 185)

im Körperschaftsgebiet ausrichtet und daß die Samtgemeinden mit Gebietshoheit ausgestattet sind, die sämtliche sich auf ihren Gebieten befindlichen Personen und Sachen erfaßt ²²⁾).

§ 18 Die Gleichheit der rechtsstaatlich-demokratischen Grundstruktur zwischen Gemeinden und Samtgemeinden

Sämtliche für Samtgemeinden geltenden Rechtsgrundlagen sehen als Hauptorgan eine Samtgemeindevertretung vor, die in den einzelnen Ländern folgende Bezeichnungen führt: in Niedersachsen ¹⁾ "Samtgemeinderat", in Nordrhein-Westfalen ²⁾ und in Rheinland-Pfalz ³⁾ "Amtsvertretung", im Saarland ⁴⁾ "Amtsrat" und in Schleswig-Holstein ⁵⁾ "Amtsausschuß". In Rheinland-Pfalz wird die Amtsvertretung von den Amtseinwohnern in unmittelbarer Wahl gewählt ⁶⁾. In den übrigen Ländern sind - was verfassungsrechtlich unbedenklich ist ⁷⁾ - die Samtgemeindevertretungen lediglich mittelbar zusammengesetzte Organe.

Man wird ferner den schlh Amtsausschuß als echtes Vertretungsorgan bezeichnen können ⁸⁾. Zwar ist der schlh Amtsausschuß im Vergleich zu den Samtgemeindevertretungen der übrigen Länder in der Zahl der Sitze beschränkt, da er nach § 9 schlh AmtsO lediglich aus den Bürgermeistern der amtsangehörigen Gemeinden oder im Verhinderungsfall aus den Stellvertretern besteht; doch kommt in den schlh Amtsausschüssen der Wille der Einwohner der einzelnen Gliedgemeinden mittelbar durch die Gemeindevertretungsvorsitzenden zur Geltung. Hinzu kommt, daß gem. § 9 schlh AmtsO Gemeinden über 1000 Einwohner für jedes volle Tausend an Einwohnerzahl ein weiteres Vertretungsmitglied in den Amtsausschuß entsenden.

Den jeweiligen Gemeindeordnungen entsprechend verfügen die Samtgemeinden ferner über ein Vorsteherorgan: in Niedersachsen ⁹⁾ den

22) Vgl. oben im einzelnen S. 20 Fußn. 42); ebenso: ELLERINGMANN, Amtsverband S. 19, Begriff und Wesen S. 54 ff.; GÖNNENWEIN a.a.O.; WOLFF Bd. II § 88 IV b) u. c) (S.187).

1) § 75 Abs. 1 nds GemO i.V. mit §§ 6 - 9 nds SgVO.

2) § 7 a nw AmtsO.

3) § 7 rhpf AmtsO.

4) §§ 13 ff. saarl. AmtsO.

5) § 9 schlh AmtsO.

6) § 7 Abs. 1 rhpf AmtsO.

7) Siehe oben S.28.

8) Im Ergebnis gleichfalls WOLFF Bd.II § 88 V a) (S.187).

9) § 75 Abs. 3 nds GemO i.V. mit §§ 11 nds SgVO.

"Samtgemeindedirektor", in Nordrhein-Westfalen ¹⁰⁾ den "Amtsdirektor", in Rheinland-Pfalz ¹¹⁾ den "Amtsbürgermeister", im Saarland und in Schleswig-Holstein ¹³⁾ den "Amtsvorsteher".

Darüber hinaus sieht die trialistische nds GemO als drittes mit Direktionsbefugnissen ausgestattetes Organ den "Samtgemeindeausschuß" vor ¹⁴⁾.

Nach allem weisen Gemeinden und Samtgemeinden Gleichheit in der verfassungsmäßigen Grundstruktur auf.

§ 19 Die Ermächtigungsgrundlagen zur Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Samtgemeinden

I. Die Delegation von Hoheitsrechten bei der Neubildung von Samtgemeinden

1. Die mit der Neubildung von Samtgemeinden notwendig verbundenen Delegationen von Hoheitsrechten.

a) Mit dem Zusammenschluß mehrerer Gemeinden zu einer Samtgemeinde entsteht stets ein neuer Zuständigkeitsträger.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen haben die Samtgemeinden mit erfolgter Neubildung folgende Aufgaben wahrzunehmen:

In den Ländern Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein übernehmen die Ämter die den Gemeinden obliegenden Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung in eigene Zuständigkeit.

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 nw AmtsO ¹⁾ erfolgt eine globale Übernahme der Weisungsaufgaben durch das Amt. In Niedersachsen ²⁾, Rheinland-Pfalz ³⁾ und im Saarland ⁴⁾ haben die Samtgemeinden die den Gemeinden zugewiesenen staatlichen Auftragsangelegenheiten in eigenem Namen wahrzunehmen.

10) §§ 7 u. 2 Abs. 1 nw AmtsO i.V. mit § 47 nw GemO.

11) § 8 rhpf AmtsO.

12) §§ 17 ff. saarl AmtsO.

13) §§ 11 ff. schlh AmtsO.

14) § 75 Abs. 2 nds GemO i.V. mit § 10 nds SgVO.

1) Nach der Ausnahmebestimmung des § 3 Abs. 1 S. 2 können Gemeinden mit einem hauptamtlichen Gemeindedirektor diese Pflichtaufgaben mit aufsichtsbehördlicher Zustimmung selbst wahrnehmen.

2) Vgl. § 72 Abs. 2 u. 3 nds GemO i.V. mit § 2 Abs. 3 nds SgVO.

3) Vgl. § 5 Abs. 1 rhpf AmtsO.

4) Vgl. § 4 Abs. 1 saarl. AmtsO.

Zuständigkeit zu erfüllen ⁵⁾). Dies trifft ebenfalls auf die nw Ämter zu, soweit die nw Gemeinden bis zum Erlaß neuer Vorschriften Auftragsangelegenheiten nach den bisherigen Bestimmungen durchzuführen haben ⁶⁾). In Schleswig-Holstein ⁷⁾ erfüllt das Amt die ihm und den amtsangehörigen Gemeinden zur Erfüllung nach Weisung übertragenen Landesaufgaben und die den amtsangehörigen Gemeinden auf Grund Bundesrechts zur Ausführung im Auftrage des Bundes übertragenen Aufgaben.

Bei den den Samtgemeinden gesetzlich obliegenden Aufgaben handelt es sich um keine überörtlichen Kompetenzen. Vielmehr behalten die den Samtgemeinden zugewiesenen Kompetenzen ihren örtlichen Charakter bei ⁸⁾). Mit der Neubildung von Samtgemeinden werden diese daher als außerordentliche Hoheitsträger bei der eigenverantwortlichen Wahrnehmung der örtlichen Auftrags- und Weisungsaufgaben tätig.

Die autonome Satzungs Gewalt steht den Samtgemeinden auf ihrem örtlichen Kompetenzgebiet jedoch nicht als nur von den Gemeinden abgeleitetes außerordentliches Hoheitsrecht, sondern ebenso, wie es bei den Zweckverbänden der Fall ist ⁹⁾, als ihnen durch gesetzliche Ermächtigung verliehenes eigenes und somit ordentliches Hoheitsrecht zu ¹⁰⁾).

5) Einzelne Auftragsangelegenheiten können nach den in § 2 Abs. 2 nds SgVO und § 5 Abs. 4 rhpf AmtsO enthaltenen Ausnahmeregelungen mit aufsichtsbehördlicher Genehmigung bei den Mitgliedsgemeinden verbleiben, wenn diese über einen hauptamtlichen Verwaltungsbeamten verfügen.

6) Vgl. § 2 Abs. 1 nw AmtsO i.V. mit § 116 nw GemO.

7) Vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 schlh AmtsO. Nach § 4 Abs. 1 S. 2 schlh AmtsO finden insoweit die Bestimmungen der §§ 49 Abs. 4, 70 Abs. 3 der schlh GemO keine Anwendung.

8) Ebenso WOLFF Bd. II § 88 VI b 1) 1 (S. 190).

9) Vgl. oben S. 96 ff.

10) Vgl.: § 4 Abs. 1 nds SgVO u. § 71 Abs. 2 i.V. mit § 6 Abs. 1 S. 1 nds GemO; § 2 Abs. 1 nw AmtsO i.V. mit § 4 nw GemO; § 16 rhpf AmtsO i.V. mit § 24 Abs. 1 S. 2 rhpf GemO; § 7 saarl AmtsO i.V. mit § 11 Abs. 1 S. 2 saarl AmtsO. In der schlh AmtsO fehlt eine entspr. Regelung; doch wird man entsprechend § 4 den schlh Ämtern ein Satzungsrecht für die ihnen gesetzlich enumerativ zugewiesenen Weisungsaufgaben zuzubilligen haben, da anderenfalls jede Mitgliedsgemeinde gesondert die erforderlichen Satzungen erlassen müßte.

Nach den bestehenden Rechtsgrundlagen übernehmen die neu gebildeten Samtgemeinden die Kassengeschäfte der Mitgliedsgemeinden ¹¹. Das gleiche gilt für die Rechnungsprüfung der Mitgliedsgemeinden, sofern die Samtgemeinde ein eigenes Rechnungsprüfungsamt einrichtet ¹²). Diese Aufgaben der Mitgliedsgemeinden nehmen die Samtgemeinden ebenfalls kraft Gesetzes und somit in ordentlicher Zuständigkeit wahr. Eine abweichende Regelung besteht lediglich im Saarland: nach § 3 Abs. 1 saarl AmtsO erledigen die Ämter "unbeschadet der Entscheidungsbefugnis der Gemeindeorgane die Verwaltungs- und Kassengeschäfte für die amtsangehörigen Gemeinden". Hiernach tritt keine Zuständigkeitsverschiebung, sondern lediglich eine Änderung in der Zuständigkeitsausübung ein, so daß die saarl Ämter insoweit als Mandatare für die ihnen angehörigen Gemeinden handeln ¹³). In Niedersachsen ¹⁴) und Schleswig-Holstein ¹⁵) können die Kassengeschäfte der Samtgemeinden auch von einer größeren Mitgliedsgemeinde geführt werden; die für die Samtgemeinde tätige Mitgliedsgemeinde wird hier wiederum als Mandatar der Samtgemeinde tätig, da der Samtgemeinde die Entscheidungsbefugnis über die eigenen Kassengeschäfte und diejenigen ihrer übrigen Mitgliedsgemeinden nicht verloren gehen darf.

Über die von den Samtgemeinden wahrgenommenen Kassenführungs- und Rechnungsprüfungsaufgaben der angeschlossenen Mitgliedsgemeinden hinaus führen die Samtgemeinden für die auf sie in eigene Zuständigkeit übergegangenen örtlichen Auftrags- und Weisungsaufgaben Kassengeschäfte sowie Rechnungsprüfungen durch. Für diese Aufgaben

-
- 11) § 72 Abs. 1 S. 2 nds GemO i.V. mit § 15 Abs. 2 nds SgVO; § 8 Abs. 1 nw AmtsO; § 5 Abs. 2 rhpf AmtsO; § 22 Abs. 1 saarl AmtsO i.V. mit § 109 Abs. 1 S.2 saarl GemO; § 4 Abs. 2 schlh AmtsO.
 - 12) § 71 Abs.2 nds GemO i.V. mit § 13 Abs. 1 lit. a) nds SgVO und § 123 nds GemO; § 8 Abs. 2 nw AmtsO; § 5 Abs. 2 rhpf AmtsO; § 22 Abs. 1 saarl AmtsO; § 4 Abs. 2 schlh AmtsO.
 - 13) A.A. WOLFF Bd.II (2.Aufl.1967) § 88 VI c) (S.227), wonach den saarl Ämtern hier eine "eigenverantwortliche Durchführung" gestattet sein soll. Für eine solche Annahme ergeben sich indes aus dem Wortlaut des § 3 Abs.1 saarl AmtsO keine Anhaltspunkte.
 - 14) § 72 Abs. 1 S.2, 2.Halbs. nds GemO.
 - 15) § 1 Abs. 3 schlh AmtsO.

in ihrem eigenen Zuständigkeitsbereich werden die Samtgemeinden gleichfalls kraft Gesetzes als ordentliche Hoheitsträger tätig ¹⁶⁾.

Ebenso verhält es sich mit der übrigen Wirtschaftsführung, einschließlich des Haushaltswesens der Samtgemeinden ¹⁷⁾.

Auch das den Samtgemeinden (mit Ausnahme der schlh Ämter) zustehende Recht, Gebühren und Beiträge zu erheben ¹⁸⁾, ist ein gesetzlich begründetes, ordentliches Hoheitsrecht der Samtgemeinden. Soweit die sonstigen Einnahmen den Finanzbedarf nicht decken, können die Samtgemeinden nach sämtlichen für sie geltenden Rechtsgrundlagen von ihren Mitgliedsgemeinden Umlagen erheben ¹⁹⁾. Dieses für den Verbandscharakter der Samtgemeinden typische Umlagerecht besteht nur gegenüber den angeschlossenen Gemeinden und ist somit nicht mit Wirkung gegenüber Dritten ausgestattet. Seinem Wesen nach ist das Umlagerecht kein außerordentliches Hoheitsrecht, welches bisher die Mitgliedsgemeinden in regulärer Zuständigkeit innehatten, sondern ein der Samtgemeinde bei jeder Neubildung gesetzlich eingeräumtes, ordentliches Recht.

Den Samtgemeinden steht nach den gesetzlichen Bestimmungen kein Steuererhebungsrecht zu. Die angeschlossenen Mitgliedsgemeinden können gleichwohl die Samtgemeinde bevollmächtigen, für die Mitgliedsgemeinden in deren Namen einzelne oder sämtliche Gemeindesteuern zu erheben. Die Samtgemeinden handeln in diesen Fällen als Mandatare ihrer Mitgliedsgemeinden, an deren Beschlüsse sie gebunden sind.

16) § 71 Abs. 2 nds GemO i.V. mit § 13 Abs. 1 Buchst a) nds SgVO und §§ 116 bis 125 nds GemO; § 2 Abs. 1 nw AmtsO i.V. mit §§ 95 bis 105 nw GemO; § 16 rhpf AmtsO i.V. mit §§ 108 bis 119 rhpf GemO; § 22 saarl AmtsO i.V. mit §§ 109 bis 117 saarl AmtsO; § 18 schlh AmtsO i.V. mit §§ 108 bis 117 schlh GemO.

17) § 71 Abs. 2 nds GemO i.V. mit § 13 Abs. 1 Buchst a) nds SgVO und §§ 82 bis 115 GemO; § 2 Abs. 1 nw AmtsO i.V. mit §§ 4 Abs. 2, 8, 62 bis 94 nw GemO; §§ 14 und 16 rhpf AmtsO i.V. mit §§ 73 bis 107 rhpf GemO; § 22 saarl AmtsO i.V. mit §§ 76 bis 108 saarl GemO; § 18 schlh AmtsO i.V. mit §§ 8, 76 bis 107 schlh GemO.

18) Vgl. § 3 Abs. 1 nds SgVO; § 8 Abs. 3 nw AmtsO; § 1 Abs. 2 rhpf KAG; § 6 Abs. 1 saarl AmtsO.

19) Siehe oben § 11 (S. 79 f.).

Auch ihre sonstigen "Existenzaufgaben" ²⁰⁾ nehmen die Samtgemeinden kraft Gesetzes in ordentlicher Zuständigkeit wahr, obgleich sie bei der Erfüllung der auf sie übergegangenen Zweckaufgaben außerordentliche Hoheitsträger sind ²¹⁾.

Zu den mit der Existenz der Samtgemeinden zusammenhängenden Hoheitsrechten gehört die Personalhoheit ²²⁾, die Organisations- und Organhoheit ²³⁾ sowie für die Samtgemeinden in Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz die Pflicht und zugleich das Recht zum Erlass von Hauptsatzungen ²⁴⁾.

Als Ergebnis zu a) läßt sich somit feststellen, daß die Samtgemeinden bei Erfüllung der ihnen bei ihrer Bildung gesetzlich zugewiesenen Zweckaufgaben als außerordentliche Hoheitsträger tätig werden; denn diese Zweckaufgaben behalten ihren örtlichen Charakter bei.

Die Delegation scheidet dagegen begrifflich aus, soweit die Samtgemeinden bereits bei ihrer Begründung ordentliche Hoheitsträger sind. Dies trifft bei der Satzungsgewalt der Samtgemeinden zu. Auch ihre übrigen Existenzaufgaben nehmen die Samtgemeinden als ordentliche Hoheitsträger wahr.

-
- 20) Zum Begriff "Existenzaufgaben" vgl. ELLERINGMANN oben S. 29 mit Fußn. 73).
- 21) Eine entsprechende Feststellung wurde bereits bei den Zweckverbänden getroffen (vgl. oben S. 106 f.).
- 22) § 71 Abs. 2 nds GemO i.V. mit § 13 Abs. 1 und §§ 80, 81 nds GemO §§ 6 und 2 Abs. 1 nw AmtsO i.V. mit §§ 28 Abs. 1 Buchst. f), 54 nw GemO; § 16 rhpf AmtsO i.V. mit §§ 47 Abs. 1 Ziff. 3 bis 5), 70 und 61 rhpf GemO; §§ 15 und 16 schlh AmtsO.
- 23) § 75 nds GemO i.V. mit §§ 6 bis 11 nds SgVO; Art. 78 nw LVerf; §§ 2 Abs. 2, 4 Abs. 2, 7 und 7 a nw AmtsO; § 6 bis 8 rhpf AmtsO; §§ 13 bis 20 saarl AmtsO; §§ 9 bis 14 schlh AmtsO.
- 24) § 73 nds GemO i.V. mit § 2 Abs. 2 und 4 Abs. 3 nds SgVO; § 2 Abs. 1 nw AmtsO i.V. mit § 4 Abs. 2 nw GemO; § 16 rhpf AmtsO i.V. mit § 26 rhpf GemO. Die saarl. AmtsO kennt ebenso wenig wie die saarl GemO das Institut der Hauptsatzung. In der schlh AmtsO fehlt eine ausdrückliche Regelung für den Erlass von Hauptsatzungen; doch wird man entspr. § 4 Abs. 1 S. 1 schlh GemO den schlh Ämtern bei jeder Neubildung die Pflicht zum Erlass einer eigenen Hauptsatzung aufzuerlegen haben.

b) Zur Annahme einer Delegation bei der Bildung von Samtgemeinden bedarf es des weiteren Delegationsmerkmals des E i n v e r - s t ä n d n i s s e s ²⁵⁾ des Deleganten bei der Aufgabe der ordentlichen und Begründung der außerordentlichen Zuständigkeit. Die für Samtgemeinden bestehenden Rechtsgrundlagen weisen inso- weit Verschiedenheiten auf:

b 1) In Niedersachsen beruht der Zusammenschluß zu einer Samtge- meinde grundsätzlich auf freiem Willensentschluß der beteiligten Mitgliedsgemeinden. Äußerlich gleicht die Entstehung einer Samt- gemeinde weitgehend der eines Zweckverbandes; die Bildung einer Samtgemeinde erfolgt durch freiwillige Vereinbarung einer Haupt- satzung, die im einzelnen die Mitgliedsgemeinden, den Namen sowie den Sitz der Samtgemeinde, deren Aufgaben und die Form der öffent- lichen Bekanntmachung aufführen muß ²⁶⁾; die Hauptsatzung bedarf ferner der aufsichtsbehördlichen Genehmigung ²⁷⁾.

Jede Neubildung einer nds Samtgemeinde kann demnach in den oben unter Ziff. a) aufgezeigten Rahmen nur auf Grund "echter" Dele- gationen erfolgen. Die in den freien Entschluß der nds Gemeinden gelegte Bildung von Samtgemeinden hat bisher erfreulicherweise einen beachtlichen Erfolg aufzuweisen: im Wege der freiwilligen Verwaltungsreform haben sich die nds Gemeinden auf Anregung des

25) Dieses für eine Delegation begriffsnotwendige Wesensmerkmal (s. oben S. 47 und 50) spielt bei der dogmatischen Abgrenzung des Instituts der Kompetenz-Kompetenz zum Delegationsbegriff eine entscheidende Rolle. Auf diese Problematik braucht je- doch in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden, da die Samtgemeinden nach geltendem Recht Kompetenz-Kompetenz- Befugnisse, wie sie noch den preußischen Ämtern nach § 9 Abs. 1 des Gesetzes über die Regelung verschiedener Punkte des Gemeindeverfassungsrechts vom 27.12.1927 (PrGS S. 211), § 9 der AmtsO vom 8.10.1934 (prGS S. 393) und § 4 Abs. 1 der Verordnung zur Anpassung der Amtsordnung an die Vorschriften der DGO vom 13.7.1935 (MBLiV S. 893) zustanden, nicht mehr besitzen. Auf diese Problematik wird noch bei der Unter- suchung der Kompetenz-Kompetenz der Landkreise näher einzu- gehen sein.

26) § 73 nds GemO.

27) § 74 Abs. 1 nds GemO.

Niedersächsischen Gemeindetages innerhalb eines Zeitraums von 6 Monaten zu 101 weiteren Samtgemeinden zusammengeschlossen; während am 31.12.1964 in Niedersachsen noch 93 Samtgemeinden mit 511 Mitgliedsgemeinden bestanden, stieg diese Zahl bis zum 1.7.19 auf 194 Samtgemeinden mit 1068 Mitgliedsgemeinden an ²⁸⁾).

b 2) In Nordrhein-Westfalen wird die Neubildung von Ämtern von der Aufsichtsbehörde ausgesprochen, sofern die beteiligten Gemeinden einverstanden sind ²⁹⁾. Grundsätzlich ist somit eine Amtsverbandsbegründung vom Willen der beteiligten Gemeinden abhängig, so daß die Voraussetzungen für eine "echte" Delegation insoweit vorliegen. Die Nichtidentität der die Neubildung des Amtsverbands aussprechenden Aufsichtsbehörde als des den Delegationsakt betreibenden Handlungssubjekts mit den Gemeinden als den beteiligten Verlierersubjekten hindert nicht, wie die bereits im 2. Abschnitt durchgeführten Untersuchungen gezeigt haben ³⁰⁾, die Annahme einer "echten" Delegation.

Eine Ausnahme von dieser Regelung besteht dann, wenn eine der beteiligten Gemeinden mit der Neubildung eines Amtsverbands nicht einverstanden ist und Widerspruch erhebt. In diesem Falle entscheidet die nw Landesregierung über die Neubildung ³¹⁾, ohne hierbei an den Willen sämtlicher betroffenen Gemeinden, und zwar auch derjenigen, die mit der Amtsverbandsbildung zunächst einverstanden waren oder es noch sind, gebunden zu sein. Da in diesem Ausnahmefall die Neubildung eines Amts nicht auf dem einverständlichen Willen der beteiligten Gemeinden beruht, kann es sich hier nur um eine "unechte, zuweisende" Delegation (delegatio a iure) handeln ³²⁾ ³³⁾.

b 3) In Rheinland-Pfalz erfolgt die Neubildung von Ämtern auf Antrag aller beteiligten Gemeinden mit Zustimmung des Kreisausschusses durch die obere Aufsichtsbehörde ³⁴⁾. Da auch hier die Amts-

28) Mitgeteilt vom Nieders.Landesverwaltungsamt -Statistik-; vgl. auch REISSNER, Nieders.Gemeinde 1965 S. 226.

29) § 5 Abs. 2 S. 3 i.V. mit S.1 nw AmtsO.

30) Siehe oben § 7 III (S. 55).

31) § 5 Abs. 2 S.2 nw AmtsO.

32) Siehe oben § 7 III (S.55).

33) In NW bestanden nach Mitteilung des Statistischen Landesamts NW am 1.9.1965 292 Ämter; die Anzahl der zwangsweise gebildeten Ämter war nicht zu ermitteln.

34) § 3 Abs. 1, 3 u. 5 rhpf AmtsO.

neubildung grundsätzlich nur im Einverständnis der beteiligten Gemeinden stattfinden kann, stellt die Begründung eines Amts ihrer Rechtsnatur nach in dem oben unter Ziff. a) aufgezeigten Rahmen eine "echte" Delegation dar.

Die Neubildung eines Amts gegen den Willen einzelner oder aller Gemeinden bedarf eines Gesetzes ³⁵⁾; in diesem Ausnahmefall liegt ebenfalls lediglich eine "unechte, zuweisende" Delegation (delegatio a iure) vor ^{36) 37)}.

b 4) Im Saarland sind Ämter neu zu bilden, wenn die beteiligten Gemeinden dies bei der Landesregierung, die die endgültige Entscheidung trifft, beantragen und Gründe des öffentlichen Wohles nicht entgegenstehen; die öffentliche Bekanntmachung der Neubildung erfolgt durch den Innenminister ³⁸⁾.

Da bei der Neubildung saarl Ämter ausnahmslos ein Einverständnis sämtlicher Mitgliedsgemeinden vorausgesetzt wird, handelt es sich bei der Zuständigkeitsbegründung der Ämter in allen unter Ziff. a) genannten Fällen der Begründung außerordentlicher Zuständigkeiten um "echte" Delegationen von Hoheitsrechten.

b 5) In Schleswig-Holstein beschließt der Innenminister nach Anhörung der beteiligten Gemeindevertretungen und Kreistage über den Zusammenschluß kreisangehöriger Gemeinden zu Ämtern ³⁹⁾. Da der Neubildung von Ämtern somit lediglich ein förmliches Anhörungsverfahren vorauszugehen hat, nach dessen Durchführung der Innenminister unabhängig vom Willen der betroffenen Gemeinden eine Amtsverbandsgründung anordnen kann, handelt es sich hierbei im Regelfall lediglich um "unechte, zuweisende" Delegationen.

35) § 3 Abs. 7, rhpf AmtsO.

36) Vgl. im einzelnen oben § 7 III (S. 55).

37) In den rhpf Regbez. Koblenz und Trier bestanden nach Mitteilung des Statistischen Landesamts RhPf am 1.7.1962 132 Ämter mit 1712 Mitgliedsgemeinden; die Anzahl der gesetzlich begründeten Ämter war nicht zu erfahren.

38) § 9 Abs. 1 u. 4 saarl AmtsO. Nach Angaben des Statistischen Amtes des Saarlandes bestanden am 31.12.1964 im Saarland 42 Amtsverbände.

39) § 1 Abs. 2 schlh AmtsO. Nach Angaben des Innenministeriums des Landes SchlH bestanden am 1.1.1965 dort 216 Ämter.

Eine Ausnahme von diesem Regelfall wird allerdings zu machen sein falls sämtliche an der Neubildung eines Amtes beteiligten Gemeinden dem Innenminister gegenüber ihr Einverständnis erklären und sofern dieser einverständliche Wille zur Grundlage der Amtsgründung gemacht wird. Voraussetzung ist hierbei jedoch ferner, daß den beteiligten Gemeinden freie Entschlußmöglichkeiten für einen etwaigen Austritt aus dem Amtsverband zugestanden werden. In diesem Ausnahmefall kommt der Wille der Mitgliedsgemeinden trotz des letztlich beim Innenminister liegenden Entscheidungsrechts in einem derartigen Maße zur Geltung, daß hier von einer "echten" Delegation auszugehen werden kann.

2. Die Delegation auf Grund besonderer Vereinbarung bei Neubildung von Samtgemeinden

Über die den Samtgemeinden gesetzlich obliegenden Aufgaben hinaus können die Mitgliedsgemeinden auf Samtgemeinden Kompetenzen des eigenen Wirkungskreises übertragen und die mit diesen Kompetenzen zusammenhängenden Hoheitsrechte delegieren. Derartige Delegationsgemeindlicher Selbstverwaltungsrechte sind in den Begründungsakt der Samtgemeinden nicht notwendig miteinbezogen, sondern bedürfen stets einer besonderen Vereinbarung. Ermächtigungsgrundlagen zu Delegationen gemeindlicher Hoheitsrechte sind in sämtlichen für Samtgemeinden geltenden Rechtsvorschriften enthalten, die im einzelnen folgenden Wortlaut haben:

(a) § 72 Abs. 1 S. 1 nds GemO:

"Samtgemeinden erfüllen diejenigen Aufgaben des eigenen Wirkungskreises, die ihnen von den Mitgliedsgemeinden übertragen werden."

i.V. mit § 2 Abs. 1 nds SgVO:

"Die Mitgliedsgemeinden können der Samtgemeinde alle Aufgaben des eigenen Wirkungskreises, zu deren Erfüllung sie berechtigt oder verpflichtet sind, übertragen, soweit die gemeinsame Erfüllung nicht durch Gesetz ausgeschlossen ist."

(b) § 3 Abs. 2 S. 1 nw AmtsO:

"Mit Einwilligung einer Gemeinde kann das Amt Aufgaben dieser Gemeinde übernehmen."

(c) § 5 Abs. 3 rhpf AmtsO:

"Mit Zustimmung der Gemeinden können die Ämter" (über die ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben hinaus) "weitere gemeindliche Aufgaben übernehmen."

(d) § 3 Abs. 2 S. 2 saarl AmtsO:

"Sie" (die Ämter) "können mit Zustimmung amtsangehöriger Gemeinden weitere gemeindliche Selbstverwaltungsangelegenheiten übernehmen."

(e) § 3 Abs. 1 schlh AmtsO ⁴⁰⁾:

"Das Amt führt nach den Beschlüssen der Gemeinde die Selbstverwaltungsangelegenheiten der amtsangehörigen Gemeinden durch. Die Gemeinde kann mit Zustimmung der Kommunalaufsichtsbehörde beschließen, einzelne Selbstverwaltungsangelegenheiten selbst durchzuführen."

§ 5 Abs. 1 schlh AmtsO:

"Über die Regelung des § 3 Abs. 1 hinaus können mehrere amtsangehörige Gemeinden gemeinsam dem Amt Selbstverwaltungsangelegenheiten übertragen."

Aus dem Wortlaut dieser Ermächtigungsgrundlagen ergibt sich, daß mit Ausnahme der schlh AmtsO die anderen für Samtgemeinden geltenden Rechtsvorschriften im wesentlichen, zum Teil sogar wörtlich übereinstimmen.

Mit der nds, nw, rhpf und saarl Regelung haben die Landesgesetzgeber einen Kompetenzübergang von den Mitgliedsgemeinden auf die Samtgemeinden bezweckt. Die Samtgemeinden sollen nach dem klar erkennbaren Sinn dieser Gesetzesbestimmungen die ihnen übertragenen gemeindlichen Selbstverwaltungskompetenzen in ausschließlicher und außerordentlich begründeter Zuständigkeit wahrnehmen. Da das Einverständnis der Mitgliedsgemeinden stets vorliegt, sind in diesen Fällen die Voraussetzungen einer "echten" Delegation gegeben. Diese mit einer "echten" Delegation verbundene Rechtsfolge ist in § 72 Abs. 5 nds GemO ausdrücklich hervorgehoben, wenn es dort heißt: "Mit dem Übergang einer Aufgabe auf die Samtgemeinde gehen auch die damit verbundenen Rechte und Pflichten auf die Samtgemeinde über."

Die in § 3 Abs. 2 S. 2 nw AmtsO und § 5 Abs. 5 rhpf AmtsO enthaltene weitere Bestimmung, daß das Recht der Gemeinden, für bestimmte Angelegenheiten Zweckverbände zu bilden oder öffentlich-rechtliche

⁴⁰⁾ § 3 Abs. 1 schlh AmtsO a.F. (v. 17.6.1952) lautete: "Das Amt führt nach den Beschlüssen der Gemeinde unter eigener Verantwortung die gemeindlichen Aufgaben durch, die ihm von den zugehörigen Gemeinden übertragen werden."

Vereinbarungen zu treffen, unberührt bleibt, widerspricht nicht dem Vorliegen einer "echten" Delegation. Diese zusätzlichen Vorschriften sollen klarstellen, daß die Mitgliedsgemeinden nicht darauf angewiesen sind, Selbstverwaltungsrechte allein auf die jeweiligen Amtsverbände delegieren zu können; vielmehr soll den amtsangehörigen Gemeinden weiterhin das Recht zustehen, auf dem ihnen verbliebenen eigenen Wirkungsbereich mit anderen Gemeinden oder Gemeindeverbänden öffentlich-rechtliche Vereinbarungen abzuschließen oder Zweckverbände zu bilden.

Demgegenüber kann es sich bei der in § 3 Abs. 1 S. 1 schlh AmtsO enthaltenen Regelung um keine Ermächtigungsgrundlage für eine "echte" Delegation handeln, da die amtsangehörigen Gemeinden ihre bisherige Zuständigkeit nicht aufgeben, sondern weiterhin das Beschlußrecht über die Art und Weise der Durchführung der auf das Amt übertragenen Kompetenz beibehalten. WOLFF⁴¹⁾ vertritt die Auffassung, daß durch § 3 Abs. 1 S. 1 schlh AmtsO den schlh Ämtern die e i g e n v e r a n t w o r t l i c h e Durchführung aller Selbstverwaltungsangelegenheiten der Mitgliedsgemeinden übertragen worden seien. Gegen diese Ansicht spricht jedoch, daß der schlh Gesetzgeber bei der Neufassung der schlh AmtsO vom 24.5.1966 die noch in § 3 Abs. 1 S. 1 schlh AmtsO von 1952 enthaltene Wortfassung "unter eigener Verantwortung" weggelassen hat. Die Ermächtigungsnorm des § 3 Abs. 1 S. 1 schlh AmtsO von 1952 wies die besonderen Merkmale einer "eigenverantwortlichen Delegation zur Erfüllung nach Weisung"⁴²⁾ auf: das schlh Amt führte danach als Delegatar in eigener Zuständigkeit, wenn auch unter beschlußmäßiger Weisung der delegierenden Mitgliedsgemeinden, die ihm übertragenen gemeindlichen Selbstverwaltungsaufgaben aus. Dagegen liegen nach der Neuregelung des § 31 Abs. 1 S. 1 schlh AmtsO nunmehr lediglich noch die Voraussetzungen für ein Mandat⁴³⁾ vor: die Durchführung der gemeindlichen Selbstverwaltungsangelegenheiten durch das schlh Amt erfolgt nach den jeweiligen Beschlüssen der Mitgliedsgemeinden.

41) WOLFF Bd.II (2.Aufl.1967) § 88 VI c) (S.227).

42) Vgl. im einzelnen oben § 8 (S.58).

43) Vgl. oben § 7 IV (S. 57).

und somit in deren Namen; es tritt demzufolge keine Änderung in der Zuständigkeitsordnung, sondern lediglich in der Zuständigkeitsausübung ein. Für die Annahme eines Mandats in § 3 Abs. 1 S. 1 schlh AmtsO spricht ferner die neu in § 5 Abs. 1 schlh AmtsO hinzugekommene Bestimmung, daß über die Regelung des § 3 Abs. 1 hinaus mehrere amtsangehörige Gemeinden dem Amt Selbstverwaltungsangelegenheiten übertragen können. Im Gegensatz zu § 3 Abs. 1 S. 1 schlh AmtsO handelt es sich bei der Bestimmung des § 5 Abs. 1 um eine Ermächtigungsgrundlage für eine "echte" Delegation.

Die Samtgemeinde besitzt auf dem ihr im Wege besonderer Vereinbarung übertragenen gemeindlichen Kompetenzbereich Autonomie. Diese autonome Satzungsgewalt erlangt die Samtgemeinde nicht etwa zugleich bei Übertragung der gemeindlichen Kompetenzen von den Mitgliedsgemeinden im Wege einer Delegation, sondern steht ihr kraft Gesetzes als eigenes ordentliches Hoheitsrecht zu ⁴⁴). Auch auf dem ihr durch besondere Vereinbarung von den Mitgliedsgemeinden übertragenen Aufgabengebiet nimmt die Samtgemeinde die ihr obliegenden Existenzaufgaben kraft Gesetzes in eigener und nicht in einer von den Gemeinden abgeleiteten außerordentlichen Zuständigkeit wahr ⁴⁵).

Bei einer Übernahme gemeindlicher Aufgaben auf Grund besonderer Vereinbarung zwischen Samtgemeinden und ihren Mitgliedsgemeinden findet somit eine Delegation nur insoweit statt, als die einzelne Mitgliedsgemeinde ihre bisherige ordentliche Zuständigkeit zur Erfüllung der jeweiligen Aufgabe zu Gunsten der Samtgemeinde aufgibt.

Im Gegensatz zu den in den Zweckverbandsgesetzen der Länder sowie im nw KGemG enthaltenen Einschränkung der Delegation von Hoheitsrechten auf einzelne oder bestimmte Aufgaben besteht in den für Samtgemeinden geltenden Rechtsgrundlagen keine derartige Beschränkung. Doch wird man auch hier dem Umfang von Delegationen Schranken zu setzen haben, da sonst die Gefahr bestünde, daß sich die

⁴⁴) Vgl. oben S. 122 mit Anm. 11)

⁴⁵) Vgl. oben S. 123 ff. mit Anm. 16 ff.

Mitgliedsgemeinden ihrer sämtlichen Hoheitsrechte begeben und sich somit faktisch selbst auflösen⁴⁶⁾. Während die nach den Zweckverbandsgesetzen bzw. nach dem nw KGemG ermöglichte Delegation jeweils von einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung abhängt, besteht diese staatliche Kontrollmöglichkeit bei gemeindlichen Delegationen auf Samtgemeinden - mit Ausnahme Niedersachsens - nicht. ELLERINGMANN⁴⁷⁾ weist zu Recht auf die Gefahr einer faktischen gemeindlichen Selbstauflösung hin, die bei dem gesetzlich nicht vorgesehenen Genehmigungsverfahren besteht. In der Verwaltungspraxis hat sich diese Gefahr bisher noch nicht bemerkbar gemacht, da die Mitgliedsgemeinden nur ungern ihre Selbstverwaltungsaufgaben, die sie zu erfüllen vermögen, aufgeben und da sie zudem im Notfall immer auf Unterstützung durch ihre Samtgemeinde rechnen können.

In Niedersachsen ist die aufsichtsbehördliche Rechtskontrolle über den Umfang der Delegationen dadurch gewährleistet, daß sämtliche Aufgaben, die die Samtgemeinde zu erfüllen hat, also auch die auf Grund zusätzlicher Vereinbarung übertragenen Kompetenzen, in der Hauptsatzung festgelegt sein müssen, die dann durch die Aufsichtsbehörde zu genehmigen ist⁴⁸⁾.

Wegen der Bedeutung der Übertragung gemeindlicher Selbstverwaltungskompetenzen auf Samtgemeinden kann die Delegation von Hoheitsrechten nur auf Grund übereinstimmender Beschlüsse der beteiligten Gemeindevertretungen rechtswirksam erfolgen⁴⁹⁾.

Soweit die für Samtgemeinden geltenden Rechts- und Ermächtigungsgrundlagen keine besonderen Regelungen über Wirksamkeitsvoraussetzungen treffen, gelangen die in den Zweckverbandsgesetzen der Länder sowie im nw KGemG enthaltenen allgemeinen Bestimmungen ergänzend zur Anwendung⁵⁰⁾. Dies gilt auch für die Kündigungsrechte der Mitgliedsgemeinden.

46) Vgl. oben § 2 IV

47) ELLERINGMANN, Amtsverband S. 28.

48) §§ 73 u. 74 nds GemO.

49) Vgl. oben § 10 VIII (S. 74 f.).

50) Vgl. oben § 10 VII (S. 73 f.).

Nach der in § 3 Abs. 3 saarl AmtsO enthaltenen Sonderbestimmung ist eine die Delegation aufhebende Vereinbarung jederzeit auf Antrag einer beteiligten Mitgliedsgemeinde zwischen dem Amt und dieser Gemeinde abzuschließen. In den übrigen Ländern ist mangels besonderer Bestimmungen die Delegation nicht jederzeit von Mitgliedsgemeinden aufhebbar; man wird hier jedoch wie bei der zwischengemeindlichen Delegation eine Kündigung der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung aus wichtigem Grund zulassen müssen, falls die Beteiligten nicht bereits in der Vereinbarung besondere Kündigungsklauseln getroffen haben.

II. Die Delegation von Hoheitsrechten auf bestehende Samtgemeinden

1. Die Delegation von Mitgliedsgemeinden auf Samtgemeinden
- a) Die kraft Gesetzes erfolgende Zuständigkeitszuweisung auf bestehende Samtgemeinden

Neue Auftragsangelegenheiten und Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung, die nach der Begründung von Samtgemeinden den örtlichen Zuständigkeitsträgern gesetzlich zugewiesen werden, obliegen den Samtgemeinden unmittelbar kraft Gesetzes ⁵¹⁾. Die den bestehenden Samtgemeinden gesetzlich zugewiesenen Auftrags- und Weisungsaufgaben behalten ebenso wie die den Samtgemeinden bei deren Neubildung von den Mitgliedsgemeinden übertragenen Kompetenzen ihren örtlichen Charakter, so daß die Samtgemeinden auch insoweit als außerordentliche Zuständigkeitsträger diese Angelegenheiten erfüllen. Nach der BARBEYschen Delegationstheorie läge in diesen Fällen bereits eine "echte" Delegation vor, da nach BARBEY die Delegation allein in der Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit besteht ⁵²⁾. Nach dem hier vertretenen Delegationsbegriff hat jedoch darüber hinaus neben der Begründung der außerordentlichen Zuständigkeit die gleichzeitige einverständliche Aufgabe der bisherigen ordentlichen Zuständigkeit durch den Deleganten zu erfolgen ⁵³⁾. Diese für den Delegationsbegriff wesentliche Voraus-

51) Siehe im einzelnen oben zu I 1).

52) Vgl. oben § 6 II (S. 40).

53) Siehe oben § 7 I (S. 44).

setzung fehlt in den Fällen der gesetzlichen Kompetenzzuweisung auf bestehende Samtgemeinden. Neue örtliche Auftrags- und Weisungsaufgaben gehen kraft gesetzlicher Zuweisung sogleich in die außerordentliche Zuständigkeit der Samtgemeinden über, ohne daß diese Kompetenzen zuvor in den örtlichen Zuständigkeitsbereich gelangen müßten und sodann jeweils eines besonderen Übertragungsaktes bedürften ⁵⁴⁾. Auch die mit den Kompetenzen verbundenen Hoheitsrechte erwachsen den Samtgemeinden sogleich in außerordentlicher Zuständigkeit, ohne daß es einer besonderen einverständlichen Aufgabeerklärung der Mitgliedsgemeinden bedarf. Bei einer später erfolgenden Auflösung von Samtgemeinden treten allerdings die gleichen Rechtsfolgen ein, als wenn eine Delegation stattgefunden hätte: die Mitgliedsgemeinden erhalten mit der Aufhebung ihrer Samtgemeinde deren bisher in außerordentlicher Zuständigkeit wahrgenommenen Auftrags- und Weisungskompetenzen in eigene ordentliche Zuständigkeit; auch die mit den Auftrags- und Weisungsaufgaben verbundenen Hoheitsrechte erwachsen den bisherigen Mitgliedsgemeinden, wenn auch erstmalig, in eigener ordentlicher Zuständigkeit.

In Niedersachsen besteht eine Ausnahmeregelung bei der gesetzlichen Kompetenzzuweisung auf bestehende Samtgemeinden. Vor Inkrafttreten der Neufassung der nds GemO vom 18.4.1963 sowie der neuen nds SgVO vom 27.6.1963 war den nds Samtgemeinden die Wahrnehmung der zum übertragenen Wirkungskreis der Mitgliedsgemeinden gehörenden Aufgaben sowie der gemeindlichen Kassengeschäfte nicht gesetzlich zugewiesen. Nach den in § 18 nds SgVO enthaltenen Übergangsvorschriften hatten die nds Samtgemeinden die Aufgaben des übertragenen Wirkungskreises sowie die gemeindlichen Kassengeschäfte spätestens zum 1.1.1964 zu übernehmen. Auf Grund dieser gesetzlichen Übergangsregelung hatten die nds Mitgliedsgemeinden ihre bisherige ordentliche Zuständigkeit auf den vorbezeichneten Aufgabengebieten bis zu diesem Zeitpunkt aufzugeben. Da die Neubildung von nds Samtgemeinden nur im Einverständnis der Mitgliedsgemeinden erfolgen kann ⁵⁵⁾, besteht eine unwiderlegbare Vermutung dafür, daß der gesetzlich vorge-

54) Ebenso ELLERINGMANN, Amtsverband S. 25.

55) Siehe oben S. 125.

schriebene Kompetenzübergang der örtlichen Pflichtaufgaben und der gemeindlichen Kassengeschäfte auf die Samtgemeinden im Einverständnis der Mitgliedsgemeinden erfolgt ist und somit in sämtlichen Fällen "echte" Delegationen stattgefunden haben; andernfalls hätten die nds Mitgliedsgemeinden ihren Austritt aus den jeweiligen Samtgemeinden beantragen können.

b) Die Delegation auf Grund öffentlich-rechtlicher Vereinbarung

Die Mitgliedsgemeinden können im Wege öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen Kompetenzen des eigenen Wirkungskreises auf Samtgemeinden übertragen. Für die Delegation der von dem jeweiligen Aufgabenübergang betroffenen gemeindlichen Hoheitsrechte auf bestehende Samtgemeinden gelten die gleichen Ermächtigungsgrundlagen wie für öffentlich-rechtliche Vereinbarungen, die bei Neubildung von Samtgemeinden getroffen werden. Es kann daher insoweit auf die oben zu Ziff. I 2) gemachten Ausführungen verwiesen werden; es ist lediglich auf folgende Abweichungen hinzuweisen:

b 1) Während bei der Neubildung von Samtgemeinden die öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen von den Mitgliedsgemeinden untereinander abgeschlossen werden, erfolgen die Delegationen auf bestehende Samtgemeinden auf Grund übereinstimmender Beschlüsse der jeweiligen Samtgemeindevertretung einerseits und der Gemeindevertretungen der Mitgliedsgemeinden andererseits.

b 2) In Niedersachsen kann die Delegation von Hoheitsrechten auf eine bestehende Samtgemeinde nur im Wege einer Änderung der bei der Neubildung beschlossenen und aufsichtsbehördlich genehmigten Satzung erfolgen ⁵⁶⁾. Die Änderung bedarf wiederum einer aufsichtsbehördlichen Genehmigung.

2. Die Delegation bei einem Beitritt neuer Mitgliedsgemeinden in eine Samtgemeinde

Der Beitritt neuer Mitgliedsgemeinden in eine bereits bestehende Samtgemeinde erfolgt nach den bestehenden gesetzlichen Regelungen unter ähnlichen Voraussetzungen wie bei der Neubildung von Samtgemeinden:

56) Entspr. § 73 nds GemO.

a) In Niedersachsen kann die Aufnahme von Mitgliedsgemeinden nur durch Änderung der Hauptsatzung erfolgen, wobei der Samtgemeinderat mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen entsprechenden Beschluß zu fassen hat ⁵⁷⁾. Die Hauptsatzung kann darüber hinaus bestimmen, daß der Beitritt neuer Gemeinden von der Stimmenmehrheit der Vertretungen der Mitgliedsgemeinden abhängig ist ⁵⁸⁾. Da die Aufnahme neuer Gemeinden nur im Einverständnis sämtlicher Beteiligten erfolgen kann, ist der Kompetenzübergang von den eintretenden Gemeinden auf die Samtgemeinden unter den weiteren oben bereits dargelegten Voraussetzungen ⁵⁹⁾ stets mit einer "echten" Delegation von Hoheitsrechten verbunden.

b) In der nw AmtsO ist der Beitritt von Mitgliedsgemeinden nicht ausdrücklich geregelt. Die Aufnahme neuer Gemeinden ist jedoch unter die Fälle der Änderung von Amtsgrenzen (§ 5 Abs. 1 S. 1) zu rechnen, die stets des Einverständnisses aller beteiligten Gemeinden und Ämter bedürfen, so daß auch hier die oben auf S. 50 zu Ziff. 4 aufgeführte Grundvoraussetzung einer "echten" Delegation vorliegt. Erhebt einer der Beteiligten jedoch Widerspruch, so kann die nw Landesregierung gegen den Willen dieser Beteiligten Entscheidungen treffen (§ 5 Abs. 2 S. 3); in diesen Fällen liegt lediglich eine "unechte, zuweisende" Delegation vor ⁶⁰⁾.

c) Nach § 3 Abs. 3 rhpf AmtsO gelten für die Aufnahme einzelner Gemeinden in ein Amt die für die Neubildung von Ämtern geltenden Vorschriften entsprechend, so daß auf die bereits oben gemachten Ausführungen zu § 19 I 1) verwiesen werden kann.

d) Nach § 9 Abs. 2 saarl AmtsO können amtsfreie Gemeinden in ein bestehendes Amt und amtsangehörige Gemeinden in ein anderes Amt eingegliedert werden, wenn die beteiligten Gemeinden dies bei der hierüber entscheidungsbefugten Landesregierung beantragen oder

57) § 73 Abs. 3 nds GemO.

58) § 73 Abs. 5 nds GemO.

59) Vgl. im einzelnen oben S. 125

60) Vgl. oben S. 126

wenn das öffentliche Wohl dies erfordert. Im zuerst erwähnten Falle finden im gleichen Umfange wie bei einer Neubildung "echte" Delegationen von Hoheitsrechten statt. Bei der zweiten Alternative dieser Vorschrift scheitert die Annahme einer "echten" Delegation, da die hierfür u.a. begriffsnotwendige Voraussetzung eines Einverständnisses der beitretenden Gemeinden fehlt; es kommt im letztgenannten Fall somit lediglich eine "unechte, zuweisende" Delegation von Hoheitsrechten in Betracht.

e) In Schleswig-Holstein erfolgt die Aufnahme neuer Gemeinden in bestehende Ämter unter entsprechender Anwendung des § 1 Abs. 2 schllh AmtsO. Die Entscheidung über den Beitritt trifft der Landesinnenminister nach Anhörung der beteiligten Gemeindevertretungen und Kreistage. In diesen Fällen liegen ebenso wie bei der Neubildung von Ämtern (61) lediglich "unechte, zuweisende" Delegationen von Hoheitsrechten vor.

3. Die Delegation von samtgemeindefreien Gemeinden auf Samtgemeinden

a) Die Delegation auf Grund öffentlich-rechtlicher Vereinbarung
Samtgemeindefreie Gemeinden können sich durch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen die Vorteile der Verwaltungskraft oder einzelner Einrichtungen benachbarter Samtgemeinden zunutze machen, ohne daß die Notwendigkeit zu einem Beitritt in diese Samtgemeinde besteht. In Fällen, in denen samtgemeindefreie Gemeinden aus Gründen der Sparsamkeit oder aus Zweckmäßigkeitserwägungen Kompetenzen auf benachbarte Samtgemeinden übertragen, bedienen sich diese Gemeinden der Samtgemeinde gleichsam als eines Zweckverbandes.
Als Gemeindeverbände werden die Samtgemeinden von den Ermächtigungsnormen der §§ 13 und 14 RZwVG und rhpf ZwVG, § 23 ff. nw KGemG sowie der §§ 21 ff. bw ZwVG mit umfaßt. Samtgemeindefreie Gemeinden und Samtgemeinden können daher in gleicher Weise und in demselben Umfange wie Gemeinden untereinander im Wege öffentlich-rechtlicher

61) Siehe oben S. 127

Vereinbarungen Hoheitsrechte delegieren ⁶²⁾.

Von den zwischen Samtgemeinden und deren Mitgliedsgemeinden erfolgenden Delegationen unterscheiden sich die öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen zwischen samtgemeindefreien Gemeinden und Samtgemeinden in drei wesentlichen Punkten:

a 1) Während der Kompetenzübergang nach den für Samtgemeinden geltenden Normen unbeschränkt ist, können sich öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zwischen samtgemeindefreien Gemeinden und Samtgemeinden stets nur auf einzelne ⁶³⁾ oder bestimmte ⁶⁴⁾ Aufgaben erstrecken.

a 2) Das Hoheitsrecht, die Benutzung einer samtgemeindlichen Einrichtung durch eine für das gesamte Gebiet der an der Vereinbarung Beteiligten geltende Satzung zu regeln, steht der Samtgemeinde nicht bereits kraft eigener vom Gesetzgeber verliehener Autonomie zu, wie es im Verhältnis der Samtgemeinden zu ihren Mitgliedsgemeinden zutrifft ⁶⁵⁾. Die Satzungsgewalt kann der Samtgemeinde von samtgemeindefreien Gemeinden vielmehr stets nur auf Grund besonderer Vereinbarung eingeräumt werden ⁶⁶⁾. Im Falle einer solchen besonderen Vereinbarung liegt demnach eine Delegation von Satzungsbefugnissen der samtgemeindefreien Gemeinden auf die Samtgemeinde vor.

a 3) Die von samtgemeindefreien Gemeinden auf Samtgemeinden erfolgende Delegation von Hoheitsrechten bedarf stets der aufsichtsbehördlichen Genehmigung ⁶⁷⁾. Demgegenüber unterliegt die zwischen Samtgemeinden und ihren Mitgliedsgemeinden erfolgende Vereinbarung über die Übernahme freiwilliger gemeindlicher Selbstverwaltungsaufgaben - sieht man von der in Niedersachsen ⁶⁸⁾ geltenden Einschränkung ab - keiner aufsichtsbehördlichen Rechtskontrolle ⁶⁹⁾.

62) Vgl. oben § 10.

63) § 23 Abs. 1 nw KGemG.

64) § 13 Abs. 1 RZwVG u. rhpf ZwVG; § 21 Abs. 1 bw ZwVG.

65) Siehe oben S. 122.

66) § 14 RZwVG u. rhpf ZwVG; § 25 nw KGemG; § 22 nw ZwVG.

67) § 13 Abs. 2 RZwVG u. rhpf ZwVG; § 24 Abs. 2 nw KGemG; § 21 Abs. 4 bw ZwVG.

68) Siehe oben S. 132 mit Fußn. 48.

69) Siehe oben S. 132

b) Die Delegation bei der Bildung von Verwaltungsgemeinschaften zwischen Ämtern und amtsfreien Gemeinden in Nordrhein-Westfalen

In Nordrhein-Westfalen können amtsfreie Gemeinden auf Grund der in § 27 nw KGemG enthaltenen Ermächtigungsgrundlage zur Wahrnehmung aller oder des größten Teils ihrer Aufgaben Dienstkräfte und Verwaltungseinrichtungen eines benachbarten Amtes in Anspruch nehmen. Eine zwischen Ämtern und amtsfreien Gemeinden zu bildende Verwaltungsgemeinschaft kann ferner darin bestehen, daß sich die Beteiligten Dienstkräfte und Verwaltungseinrichtungen gegenseitig zur Verfügung stellen. Derartige Verwaltungsgemeinschaften sind nur innerhalb desselben Landkreises zulässig. Im übrigen gelten für die mit der Begründung einer Verwaltungsgemeinschaft erfolgenden Delegation von Hoheitsrechten die gleichen Grundsätze, die bereits oben bei der Behandlung der zwischengemeindlichen Verwaltungsgemeinschaften im einzelnen dargelegt wurden 70) 71).

4. Kapitel: Die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Landkreise

§ 20 Rechtsgrundlagen, Wesen und Begriff der Landkreise

Rechtsgrundlagen für die Landkreise in den einzelnen Bundesländern sind:

die Landkreisordnung für Baden-Württemberg v. 10.10.1955 (bw LKO) ¹⁾, die Landkreisordnung für den Freistaat Bayern v. 16.2.1952 (bay LKO) ²⁾, die Hessische Landkreisordnung in der Neufassung v. 1.7.1960 (he LKO) ³⁾, die Niedersächsische Landkreisordnung v. 31.3.1958

70) Vgl. im einzelnen oben § 11.

71) In NW bestanden nach Angaben der sechs nw Bezirksregierungen am 31.10.1965 10 Verwaltungsgemeinschaften zwischen Gemeinden und angrenzenden Ämtern: die kreisangehörigen Städte Hilchenbach und Laasphe bilden jeweils mit einem angrenzenden Amt Bürogemeinschaften; eine Delegation von Hoheitsrechten ist bisher nicht erfolgt. Bei weiteren 7 Verwaltungsgemeinschaften verwalten größere kreisangehörige Städte (Driburg, Erkelenz, Heinsberg, Königswinter, Olpe und Zülpich) jeweils ein angrenzendes kleineres Amt, so daß hier ebenfalls keine Delegationen von Hoheitsrechten seitens kreisangehöriger Gemeinden stattgefunden haben. Die Verwaltungsgemeinschaft Rommerskirchen besteht seit Januar 1966 nicht mehr.

1) (bw GB1. S.207) i.d.F.d.Ges.v.19.2.1963 (bw GB1.S.25).

2) (bay GVBl.S.39) i.d.F.d.Ges. zur Änderung der Gemeinde- und Landkreisordnung v.26.10.1962 (bay GVBl.S.269).

3) He GVBl.S. 131.

(nds LKO) ⁴⁾, die Landkreisordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 21.7.1953 (nw LKO) ⁵⁾, die Landkreisordnung für Rheinland-Pfalz in der Neufassung v. 25.9.1964 (rhpf LKO) ⁶⁾, die Saarländische Landkreisordnung in der Neufassung v. 15.1.1964 (saarl LKO) ⁷⁾ und die Kreisordnung für Schleswig-Holstein v. 27.2.1950 (schlh KO) ⁸⁾.

In der Gesetzesterminologie dieser Landkreisordnungen hat sich für die Aufgaben des eigenen Wirkungsbereichs der Landkreise keine einheitliche Begriffsbezeichnung durchgesetzt.

In Art. 1 bay LKO, § 2 Abs. 1 S. 1 nw LKO und in § 1 Abs. 2 saarl LKO werden die Aufgaben der Landkreise unter dem Gesamtbegriff "überörtliche Angelegenheiten" zusammengefaßt, um hiermit eine Abgrenzung zu den "örtlichen Aufgaben" der Gemeinden zu schaffen.

Demgegenüber wird in § 2 Abs. 1 nds LKO und § 3 Abs. 1 rhpf LKO der Begriff "überörtliche Angelegenheiten" zur Kennzeichnung derjenigen Untergruppe von Landkreisaufgaben verwandt, die über den Verwaltungsraum der kreisangehörigen Gemeinden hinausreichen.

Den bw, he und schlh Landkreisordnungen schließlich ist der Begriff "überörtliche Angelegenheiten" unbekannt.

Die Aufgabe, die für Landkreise begriffswesentlichen und typischen Angelegenheiten in ein einheitliches System zu ordnen, fällt demnach der Kommunallehre zu.

Im folgenden ist eine Aufgliederung der Landkreisaufgaben erforderlich, die sowohl für die zunächst zu treffende Wesens- und Begriffsbestimmung des Landkreises geeignet ist, die zugleich aber auch bei der späteren Untersuchung des für Delegationsmöglichkeiten bedeutsamen Grenzbereichs, in dem Kompetenzen und Zuständigkeiten der Landkreise und Gemeinden aufeinandertreffen, Verwendung finden kann.

4) (nds GVBl. S. 17) i.d.F. des zweiten Gesetzes zur Änderung der Gemeinde- und Landkreisordnung v. 18.4.1963 (nds GVBl. S. 255).

5) (nw GS S. 208) i.d.F. des Ersten Gesetzes zur Neuordnung und Vereinfachung der Verwaltung v. 23.7.1957 (nw GS S. 189).

6) Teil B des Landesgesetzes zur Änderung und Neufassung des Selbstverwaltungsgesetzes für RhPf (rhpf GVBl. S. 145).

7) Teil B des Gesetzes Nr. 788 über die Selbstverwaltung der Gemeinden, Ämter und Landkreise (ABl. Saar S. 123).

8) Schlh GVBl. S. 49.

Zu diesem Zweck eignet sich am besten das von WAGENER ⁹⁾ entwickelte System, das die Landkreisaufgaben dem Beispiel der bay, nw und saarl LKO folgend unter dem Oberbegriff "überörtliche Angelegenheiten" zusammenfaßt und das diese Angelegenheiten in die Untergruppen der "übergemeindlichen"(a), "ergänzenden" (b) und "ausgleichenden" (c) Aufgaben aufgliedert.

(a) Bei der Aufgabengruppe der "übergemeindlichen" Aufgaben handelt es sich um solche überörtlichen Angelegenheiten, die über das Gebiet der kreisangehörigen Gemeinden hinausgehen, die zugleich aber auf das gesamte, aus den angehörigen Gemeinden zusammengesetzte Gebiet des Landkreises bezogen sind und dessen Verwaltungsraum ausfüllen. Kennzeichnend für die "übergemeindlichen" Aufgaben ist, daß sich diese Angelegenheiten ungeachtet der gemeindlichen Verwaltungs- und Leistungskraft auf der Gemeindeebene technisch nicht durchführen lassen. Die Zuweisung von Aufgaben in die Gruppe der "übergemeindlichen" Angelegenheiten richtet sich somit allein nach raummäßigen Gesichtspunkten ¹⁰⁾.

(b) "Ergänzende" Aufgaben sind diejenigen überörtlichen Angelegenheiten, die über die Leistungsfähigkeit einzelner oder aller kreisangehörigen Gemeinden hinausgehen ¹¹⁾. Mit der Erfüllung von "ergänzenden" Aufgaben bewirkt der Landkreis einen organisatorischen Lasten

9) WAGENER S. 229 ff. Weitergehende und vielschichtigere Untergliederungen führen HOPPE (S. 53-64) und WOLFF (Bd.II § 85 II) (S. 140 ff.) durch; da indessen sämtliche Systeme im Grunde übereinstimmen und da die einfachere Systematik WAGENERS den Zwecken der vorliegenden Untersuchung vollauf genügt, soll auf die einzelnen Verschiedenheiten dieser Systeme nicht näher eingegangen werden.

10) WAGENER S. 232 f.

11) WAGENER S. 234 ff. Der terminus "ergänzen" ist nur in § 2 Abs.1 he LKO vorzufinden: die übrigen Landkreisordnungen mit Ausnahme der nw LKO umschreiben die Ergänzungsfunktion der Landkreise damit, daß die Landkreise Aufgaben, die "über das Leistungsvermögen der kreisangehörigen Gemeinden hinausgehen", zu erfüllen haben (so Art. 4 Abs. 1 bay LKO; vgl. ferner § 2 Abs. 1 bw LKO, § 2 Abs. 1 nds LKO, § 3 Abs. 1 rhpf LKO, § 4 Abs. 4 saarl LKO u. § 2 Abs. 1 schlh KO). Für die nw Landkreise läßt sich deren Ergänzungsfunktion aus § 16 Abs. 1 LKO i.V. mit § 18 Abs. 1 nw GemO herleiten.

ausgleich innerhalb des Kreisgebietes. Diese Lastenausgleichswirkung wird nach WAGENER "ohne Zuführung zusätzlicher Finanzkraft allein durch das organisatorische Mittel der Verwaltungszentralisation auf den Landkreis erreicht" ¹²⁾.

Der Ergänzungsfunktion der Landkreise liegt das im öffentlichen Recht verwurzelte Subsidiaritätsprinzip zugrunde, nach dem der nächst größere Hoheitsträger nur diejenigen Kompetenzen an sich ziehen soll (oder darf), die der nächst kleinere Hoheitsträger nicht mehr ausüben oder übernehmen kann ¹³⁾. Bei der Gruppe der "ergänzenden" Aufgaben kommt das Subsidiaritätsprinzip in dem Sinne zur Geltung, daß die Landkreise als weitergefaßte, überörtliche Selbstverwaltungskörperschaften nur dann Kompetenzen in ihre ausschließliche Zuständigkeit übernehmen können, wenn die kreisangehörigen Gemeinden als engere, örtliche Gemeinschaften diese Aufgaben allein nicht mehr zu erfüllen vermögen ¹⁴⁾.

(c) Die Bezeichnung "ausgleichende" Aufgaben ist nach der Systematik WAGENERs den echten finanziellen Ausgleichsaufgaben des Landkreises vorzubehalten ¹⁵⁾. Es handelt sich hier um Aufgaben, bei denen der Landkreis durch finanzielle Unterstützung zu Lasten der Gesamtheit der im Kreisgebiet zusammengefaßten Gemeinden die finanzielle Verwaltungslast verteilt und somit ausgleichend tätig wird.

Die Ausgleichsfunktion der Landkreise wird in den Landkreisordnungen Baden-Württembergs (§ 1 Abs.1), Hessens (§ 2 Abs. 1 S. 2), Niedersachsens (§ 2 Abs. 1 S. 2) und Rheinland-Pfalz' (§ 3 Abs. 1) ausdrücklich hervorgehoben; sie ist von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ¹⁶⁾, des Bundesverwaltungsgerichts ¹⁷⁾ sowie des OVG Münster ¹⁸⁾ bestätigt worden, so daß die ausgleichenden Funktionen der Landkreise in sämtlichen Bundesländern einheitlich anerkannt sind.

12) WAGENER S. 235.

13) Vgl.: ELLERINGMANN, Grundlagen S. 93; HOPPE S. 55 mit weit.ausf. Hinw.in Fußn. 6; WAGENER S. 231, 235, 250; WOLFF Bd. I § 3 I c) (S. 15).

14) Ebenso WOITE S. 84 mit weit.Hinw. in Fußn. 3.

15) WAGENER S. 236.

16) BVerfG, Beschl.v.17.1.1961 in LKT-Eildienst Nr.3/61/44 =BVerfGE Bd. 12 S. 79.

17) BVerwG, Urt. v. 18.3.1960, BVerwGE Bd. 10 S. 224.

18) Urt. v. 17.5.1961 in LKT-Eildienst Nr. 15/61/200.

Auf dem vorstehend spezifizierten Bereich der überörtlichen Aufgaben besitzen die Landkreise Allzuständigkeit, die sich jedoch gegenüber der gemeindlichen Universalität auf "einen dem Herkommen entsprechenden, angemessenen Wirkungskreis" zu beschränken hat ¹⁹⁾. Die allumfassende Zuständigkeit kennzeichnet die Landkreise als Gemeindeverbände im engeren Sinne ²⁰⁾.

Zwar bezweifelt ein Teil der Lehre die Verbandseigenschaft der Landkreise ²¹⁾. Zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt, nicht die kreisangehörigen Gemeinden, sondern die Kreiseinwohner seien die eigentlichen Mitglieder und Träger der Landkreise.

Dieser Auffassung ist zwar darin beizupflichten, daß sich die heutigen Landkreise nicht mehr in vollem Umfange mit dem herkömmlichen Kreisverbandstyp ²²⁾ decken; dieser Umstand ist jedoch auf die zwischenzeitlich erfolgte Veränderung der verfassungsmäßigen Verhältnisse zurückzuführen. Das Grundgesetz schreibt in Art. 28 Abs.1 S. 2 zwingend vor, daß die Kreisparlamente aus allgemeinen und unmittelbaren Wahlen hervorzugehen haben.

19) BVerwG, Urt. v. 21.11.1957, BVerwGE Bd. 6 S. 19 (23); V.MANGOLDT-KLEIN, Art. 28 IV 2); WOLFF Bd. II § 89 VII a) (S. 199).

20) HOPPE S. 34 ff. 64 f. mit weit.ausf.Hinw.; PAGENKOPF S. 197; WAGENER 201 ff.; WOITE S. 83; WOLFF Bd. II § 85 II b) 2 (S. 143); § 89 I b) (S. 193).

21) HACKER, DÖV 1955 S. 236 ff. (239); KÖTTGEN, Gutachten über zwei Fragen zum Entwurf einer Baden-Württembergischen Landesverfassung, erstattet im Auftrage der Landesarbeitsgemeinschaft der bw Landkreise v. 8.4.1953 (nicht veröffentlicht, zitiert nach HACKER S. 240 Fußn. 35).

22) Vgl. z.B. die Kreisordnung für die Provinzen Preußen, Brandenburg, Pommern, Posen, Schlesien und Sachsen v. 13.12.1872 (PrGS S. 661), die in § 2 den Kreis als "Kommunalverband zur Selbstverwaltung seiner Angelegenheiten mit den Rechten einer Korporation" bezeichnete.

Der Verbandscharakter der Landkreise zeigt sich nach wie vor darin, daß die Landkreise auf ihrem Kreisgebiet eine Anzahl weiterhin selbständiger Gemeinden zusammenfassen²³⁾. Für die Verbandseigenschaft der Landkreise spricht außerdem, daß den Landkreisen gegenüber ihren Gemeinden ein Umlagerecht zur Deckung des eigenen Finanzbedarfs zusteht²⁴⁾.

Neben der allumfassenden Zuständigkeit verfügen die Landkreise ferner über eine allerfassende Zuständigkeit, von der alle auf dem Kreisgebiet befindlichen Personen und Sachen betroffen sind; Landkreise besitzen somit Gebietshoheit. Da sich zudem die Mitgliedschaft zum Landkreis nach dem Sitz der Einwohner im Kreisgebiet richtet, sind die Landkreise Gebietskörperschaften²⁵⁾.

Ebenso wie es bei den Gemeinden der Fall ist, bedient sich auch der Staat der Landkreise zur Erfüllung und Durchführung staatlicher Aufgaben. Entsprechend den in den Gemeindeordnungen getroffenen Regelungen ist auch nach den einzelnen Landkreisordnungen der Typ der staatlichen Auftragsangelegenheiten nur noch in Bayern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und im Saarland vorzufinden²⁶⁾. Die Landesgesetzgeber der übrigen Länder haben diese Angelegenheiten in Pflicht

23) PAGENKOPF a.a.O.

24) Vgl. "Aktuelle Probleme des Verfassungsrechts im Landkreis", Bericht über eine Arbeitstagung des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V. in Weinheim am 9./10.5.1953 S. 18 f., 37 ff. (40), 62, 65, 89; GÖNNENWEIN S. 387.

25) CANTNER, SV 1954 S. 7 ff., 35 ff.; PAGENKOPF S. 52, 197; WOITTE a.a.O.; WOLFF Bd. II § 84 IV c) 1 (S. 133), § 89 I b) (S. 193) insoweit zustimmend HACKER a.a.O.; zum Begriff der Gebietskörperschaft eingehend HOPPE S. 6 ff., 24; vgl. ferner oben S. 20. Die Bestimmungen der Landkreisordnungen enthalten unterschiedliche Bezeichnungen: § 1 Abs. 1 nds LKO, § 1 Abs. 2 nw LKO, § 1 Abs. 1 saarl LKO und § 1 Abs. 1 schlh KO bezeichnen die Landkreise ausdrücklich als "Gemeindeverbände und Gebietskörperschaften"; Art. 1 bay LKO und § 1 Abs. 1 rhpf LKO deklarieren ebenfalls den Landkreis als "Gebietskörperschaft"; nach § 1 Abs. 2 bw LKO und § 1 he LKO sind Landkreise "Körperschaft des öffentlichen Rechts".

26) Vgl. Art. 6 Abs. 1 u. 2 bay LKO; § 4 Abs. 1 nds LKO; § 2 Abs. 1 rhpf LKO; § 5 saarl LKO.

aufgaben zur Erfüllung nach Weisung umgewandelt ²⁷⁾, die durch das gesetzlich beschränkte Weisungsrecht des Staates bereits in einem solchen Maße in die Eigenverantwortlichkeit der Landkreise gestellt worden sind, daß man diese Aufgaben als "kommunalisiert" ansprechen kann ²⁸⁾.

Schließlich bilden die Gebiete der Landkreise in sämtlichen Ländern mit Ausnahme Schleswig-Holsteins ²⁹⁾ zugleich den Bezirk der unteren staatlichen Verwaltungsbehörde ³⁰⁾, die in Realunion vom leitenden Verwaltungsbeamten der Landkreise geleitet wird ³¹⁾.

Wesen und Begriff der Landkreise lassen sich demnach wie folgt umreißen:

Landkreise sind gebietskörperschaftlich zusammengesetzte Gemeindeverbände der innerhalb eines Kreises belegenen Stadt- und Landgemeinden zur Selbstverwaltung der auf das Kreisgebiet begrenzten überörtlichen, d.h. übergemeindlichen, ergänzenden und ausgleichenden Aufgaben, und zur Wahrnehmung von Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung oder zur Fremdverwaltung staatlicher Auftragsangelegenheiten. Mit Ausnahme Schleswig-Holsteins bilden die Gebiete der Landkreise zugleich den Bezirk der unteren staatlichen Verwaltungsbehörde.

§ 21 Die Gleichheit der rechtsstaatlich-demokratischen Grundstruktur zwischen Gemeinden und Landkreisen

Der in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG enthaltenen Grundnorm kommen sämtliche Landkreisordnungen nach, indem sie für die Landkreise als Vertretungsorgan ein Kreisparlament vorschreiben, das aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorzugehen hat. Dieses den Willen der Kreisbürger repräsentierende Vertretungsorgan führt in sämtlichen Ländern die Bezeichnung "Kreistag" ¹⁾. Mit diesem

27) Vgl. § 2 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 bw LKO; § 4 he LKO; § 2 Abs. 2 nw LKO; § 3 Abs. 2 schlh KO.

28) Vgl. oben S. 14 mit Fußn. 22

29) In SchlH ist die untere Verwaltungsbehörde, die in der schlh KO nicht besonders erwähnt ist, kommunalisiert (vgl. GÖNNENWEIN S. 409; WOLFF Bd. II § 89 IX a) (S. 201).

30) Vgl. § 32 Abs. 1 bw LKO; Art. 37 Abs. 1 bay LKO; § 55 he LKO; § 57 Abs. 1 Ziff. 5 u. 6 nds LKO; § 47 nw LKO; § 2 rhpf LKO; § 40 saarl LKO.

31) Vgl. § 32 Abs. 1 bw LKO; Art. 37 Abs. 1 bay LKO; § 55 he LKO; § 57 Abs. 1 Ziff. 5 u. 6 nds LKO; § 47 nq LKO; § 2 rhpf LKO; § 40 saarl LKO.

1) §§ 24 ff. bw LKO; §§ 23 ff. bay LKO; §§ 21 ff. he LKO; §§ 6, 26 ff. nds LKO; §§ 19 ff. nw LKO; §§ 11 ff. rhpf LKO; §§ 17 ff. saarl. LKO; §§ 22 ff. schlh KO.

stets erstzuständigen Lenkungsorgan ist bereits die rechtsstaatlich-demokratische Grundkonzeption der Landkreise gewährleistet ²⁾

Die Landkreise verfügen über weitere mit Erstzuständigkeiten ausgestattete Verfassungsorgane:

Dem Organ des Gemeindevorstehers entspricht in den Kreisverfassungen der leitende Verwaltungsbeamte: in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen der "Oberkreisdirektor" ³⁾, in den übrigen Ländern der "Landrat" ⁴⁾.

Darüber hinaus ist als weiteres verfassungsmäßiges Organ nach sämtlichen Landkreisordnungen das kollegiale Verwaltungsorgan des Kreisausschusses ⁵⁾ vorgesehen, nach dem nun auch die neue saarl LKO vom 15.1.1964 sich dem Vorbild der übrigen Landkreisordnungen angeschlossen hat. Diesem Kollegialorgan der Kreise, das in sämtlichen Ländern mit Ausnahme Baden-Württembergs (dort heißt es: "Kreissrat") die Bezeichnung "Kreisausschuß" führt, stehen maßgeblich Direktionsbefugnisse zu; es entscheidet über alle Angelegenheiten, für die nicht bereits das Kreisparlament oder in Geschäften der laufenden Verwaltung der leitende Verwaltungsbeamte des Kreises zuständig ist.

Nach allem kann es aus verfassungsmäßiger Sicht keinem Zweifel unterliegen, daß Landkreise als Delegatäre gemeindliche oder staatliche Hoheitsrechte ausüben können.

§ 22 Die Delegation von Hoheitsrechten durch kreisangehörige Gemeinden auf Landkreise

Die Delegation setzt, wie die im zweiten Abschnitt durchgeführten Untersuchungen gezeigt haben, ihrem Begriffe nach stets eine ordentliche Zuständigkeitsordnung voraus, die durch den Delegationsakt verändert wird: Delegation bedeutet die auf dem Willen des Deleganten beruhende Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit des Delegatars durch Übertragung der Kompetenz des Deleganten auf den Delegatar.

2) Siehe oben S. 24

3) §§ 6, 55 ff. nds LKO; §§ 37 ff. nw LKO.

4) § 32 bw LKO; §§ 31 ff. bay LKO; §§ 44 he LKO; §§ 11, 23 rhpf LKO; § 40 saarl LKO; §§ 50, 52 schlh KO.

5) §§ 26 ff. bw LKO; §§ 26 ff. bay LKO; §§ 36 ff. he LKO; §§ 6, 49 ff. nds LKO; §§ 34 ff. nw LKO; §§ 11, 19 ff. rhpf LKO; §§ 36 ff. saarl LKO; §§ 43 schlh KO.

Der Begriff der Delegation im oben entwickelten und verstandenen Sinne umfaßt demnach nicht solche Zuständigkeitsänderungen, die keine Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit bewirken, sondern lediglich die bestehende ordentliche Zuständigkeitsordnung erweitern, einschränken oder in irgendeiner sonstigen Form inhaltlich umwandeln. Ferner werden von dem hier vertretenen Delegationsbegriff auch solche Änderungen nicht erfaßt, die zwar die Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit zur Folge haben, jedoch ohne oder gegen den Willen des bisherigen Zuständigkeitsinhabers erfolgen.

I. Die der Delegation gesetzten Schranken

1. bei konkurrierenden Zuständigkeiten zwischen kreisangehörigen Gemeinden und Landkreisen

Bei einer Betrachtung der zwischen den Zuständigkeitsbereichen des Landkreises und der ihm angehörigen Gemeinden denkbaren Zuständigkeitsänderungen scheiden für einen Delegationsakt von vornherein solche Fälle aus, in denen lediglich konkurrierende Zuständigkeiten zwischen Landkreisen und kreisangehörigen Gemeinden beseitigt werden.

Konkurrierende Zuständigkeiten bestehen stets bei Aufgabenüberschneidungen auf demselben Kompetenzgebiet, da hier Landkreis und kreisangehörige Gemeinden regulär nebeneinander zuständig sind. Gibt in diesen Fällen eine kreisangehörige Gemeinde ihre konkurrierende Zuständigkeit auf, so wird beim Landkreis nicht etwa eine außerordentliche Zuständigkeit begründet; vielmehr wandelt sich die bisher nur konkurrierende Zuständigkeit des Landkreises in eine ausschließliche um.

Diese grundsätzlichen Überlegungen erfordern im folgenden eine Absonderung derjenigen Aufgabengebiete, auf denen bestimmte oder doch bestimmbare Abgrenzungsmerkmale zwischen den Zuständigkeitsbereichen der kreisangehörigen Gemeinden einerseits und dem Landkreis andererseits bestehen, von denjenigen Aufgabenbereichen, auf denen Landkreis und kreisangehörige Gemeinden konkurrierend zuständig sind.

Klare Abgrenzungen zwischen den Zuständigkeitsbereichen der kreisangehörigen Gemeinden und des Landkreises lassen sich zunächst in

den Fällen durchführen, in denen der Gesetzgeber den Gemeinden oder Landkreisen bestimmte und ausschließliche Zuständigkeiten ausdrücklich zugewiesen hat. Dies trifft auf die pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben, die Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung sowie auf die staatlichen Auftragsangelegenheiten zu.

Demgegenüber stößt die Abgrenzung des gemeindlichen Zuständigkeitsbereichs von demjenigen des Landkreises bei den freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben auf Schwierigkeiten. Die in der Gesetzesterminologie teilweise verwendeten Begriffe "örtlich" und "überörtliche" Aufgaben sind zu unbestimmt, um eine Klärung dieser Frage herbeiführen zu können. Für die nachfolgende Untersuchung empfiehlt es sich, das bereits zur Wesens- und Begriffsbestimmung des Landkreises angewandte System WAGENERS¹⁾, das die "überörtlichen" Angelegenheiten in "übergemeindliche", "ergänzende" und "ausgleichende" Aufgaben aufgliedert, beizubehalten.

(a) Für die "übergemeindlichen", d.h. den Verwaltungsraum des Landkreises ausfüllenden Aufgaben sind die Landkreise ausschließlich zuständig²⁾. Ob Aufgaben "übergemeindlich" sind, hängt von den in jedem Landkreis verschiedenen Gegebenheiten ab: eine konkrete Aufgabe, die den Verwaltungsraum des Landkreises A gänzlich ausfüllt, kann im Landkreis B zum örtlichen Aufgabenbereich einzelner kreisangehöriger Gemeinden gehören. Auch können Angelegenheiten des örtlichen Bereichs im Laufe der Zeit und im Wandel der wirtschaftlichen und technischen Verhältnisse überörtlichen Charakter erlangen und umgekehrt.

Besondere Beachtung verdienen in diesem Zusammenhang jene Aufgaben, die zwar über den Verwaltungsraum der kreisangehörigen Gemeinden hinausgehen, andererseits aber den Verwaltungsraum des Landkreises nicht gänzlich ausfüllen und demnach weder dem ausschließlichen Zuständigkeitsbereich des Landkreises noch demjenigen der Gemeinden zugerechnet werden können. Da es im öffentlichen Leben einen Aufgabenbereich ohne zugeordneten Zuständigkeitsträger nicht geben kann und darf, treten in diesem Zwischenbereich kreisangehörige Gemeinden

1) WAGENER S. 229 ff.; siehe oben S. 141 ff.

2) WAGENER S. 234; ebenso HOPPE (S. 55 f., 59), der diese Aufgabengruppe als "überörtlich-integral" bezeichnet.

und Landkreise auf Grund der beiden Selbstverwaltungskörperschaften innewohnenden Allzuständigkeit konkurrierend auf: die kreisangehörigen Gemeinden sind auf Grund ihrer gemeindlichen Allzuständigkeit primär zur Erfüllung dieser Aufgaben berechtigt; der Landkreis ist kraft der ihm zustehenden, jedoch durch das Subsidiaritätsprinzip eingeschränkten Allzuständigkeit sekundär zuständig. In diesem gemeindlich-übergemeindlichen Zwischenbereich können die Gemeinden durch Aufgabe ihrer originären Zuständigkeit demzufolge keine außerordentliche Zuständigkeit der Landkreise begründen, da die Landkreise bereits eine reguläre, wenn auch subsidiäre Zuständigkeit besitzen. Die Landkreise erlangen hier ihre ausschließliche Zuständigkeit durch Beseitigung der konkurrierenden Zuständigkeit der Gemeinden. Eine Delegation ist demnach in diesen Fällen begrifflich nicht denkbar.

Eine besondere Regelung für diesen gemeindlich-übergemeindlichen Zwischenbereich enthält die Bestimmung des § 2 Abs. 1 S. 3 nw LKO. Danach können mehrere Gemeinden "überörtliche, auf ihr Gebiet begrenzte Aufgaben durch Zweckverbände oder im Wege öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen durchführen" ³⁾. Es handelt sich bei diesen kreisangehörigen Gemeinden durch die nw LKO ausdrücklich eingeräumten Möglichkeit um einen der Regelfälle des Abschlusses einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung oder des Zusammenschlusses zu einem Zweckverband; denn in diesen Fällen wird bei den beteiligten Gemeinden stets die Einsicht vorherrschen, daß sich eine auf das Gebiet der beteiligten Gemeinden begrenzte Aufgabe zweckmäßiger durch Zusammenschluß aller Gemeinden zu einem Zweckverband oder durch Übertragung gemeindlicher Kompetenzen auf eine der beteiligten Gemeinden unter Kostenbeteiligung der anderen Beteiligten erledigen lässt.

3) Die nicht leicht verständliche Bestimmung des § 2 Abs. 1 S. 3 nw LKO meint mit "überörtlichen" Aufgaben nicht etwa "übergemeindliche" Angelegenheiten im oben dargestellten Sinne. Daß es sich vielmehr hierbei um Aufgaben des gemeindlich-übergemeindlichen Zwischenbereichs handelt, folgt aus der Wendung "auf ihr Gebiet begrenzte Aufgaben". Auch Ziff. 2 b) S. 2 der 1. VerwVO zu § 2 nw LKO (MBI NW S. 1599) spricht für diese Auslegung, wenn es dort heißt: "Voraussetzung für eine derartige Aufgabenerfüllung ist, daß die Aufgabe in den Gebieten dieser Gemeinden ihre Grundlage findet."

Auch ohne eine der Bestimmung des § 2 Abs. 1 S. 3 nw LKO entsprechende Regelung in den übrigen Landkreisordnungen wird das den kreisangehörigen Gemeinden zustehende Recht, im gemeindlich-übergemeindlichen Zwischenbereich Zweckverbände zu bilden oder öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zu schließen, allgemein zu bejahen sein. Dieses Recht wird jedoch dort seine Grenze zu finden haben, wo Aufgaben des gemeindlich-übergemeindlichen Zwischenbereichs einen so großen Teil des Kreisgebietes ausfüllen, daß ein zu bildender Zweckverband Funktionen wahrzunehmen hätte, die denen des Landkreises auf dem gleichen Aufgabengebiet gleichkämen. Das Zustandekommen einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung wird in diesem Falle praktisch schon daran scheitern, daß sich unter den beteiligten Gemeinden kaum ein Aufgabenträger mit der Verwaltungskraft des Landkreises finden wird, um die übertragenen Kompetenzen zufriedenstellend wahrnehmen zu können.

(b) Auf dem Gebiet der "ergänzenden" Aufgaben sind die Landkreise auf Grund des Subsidiaritätsprinzips für Aufgaben des örtlichen Wirkungskreises, die die Leistungskraft einzelner oder aller kreisangehöriger Gemeinden übersteigen, lediglich sekundär zuständig⁴⁾ Bei diesen Aufgaben bleibt somit die ordentliche Zuständigkeit leistungsschwacher Gemeinden weiterhin primär bestehen. Eine Änderung der Zuständigkeitsordnung zu Gunsten des Landkreises kann demnach auch hier nur durch Beseitigung der konkurrierenden Zuständigkeit und nicht etwa durch Übernahme gemeindlicher Kompetenzen durch den Landkreis auf Grund von Delegationen erfolgen.

In der Praxis läßt sich eine dogmatisch klare Abgrenzung zwischen der Beseitigung einer konkurrierenden Zuständigkeit und der Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit ohne Schwierigkeiten nur in Fällen durchführen, in denen sämtliche kreisangehörigen Gemeinden über eine genügende Verwaltungskraft verfügen oder in denen andererseits sämtliche Gemeinden die gleichen Aufgaben auch aus eigenem Leistungsvermögen erfüllen könnten, gleichwohl aber aus Zweckmäßigkeitserwägungen diese Kompetenzen auf den Landkreis übertragen möchten. In der Verwaltungspraxis werden indessen in der

4) WAGENER S. 235; ebenso HOPPE S. 55 f.

Mehrzahl der Fälle die kreisangehörigen Gemeinden eines Landkreises eine unterschiedliche Verwaltungsstärke und Leistungskraft aufweisen.

Vielfach kann der Landkreis nur dann eine Aufgabe in Angriff nehmen und für alle Kreiseinwohner zufriedenstellend lösen, wenn er diese Aufgaben für alle kreisangehörigen Gemeinden, für die leistungsstarken wie für die leistungsschwachen, gemeinsam erfüllt. Folgendes Beispiel soll diese Problemlage verdeutlichen:

Die kreisangehörige Stadt A verfügt zwar über genügende Mittel, eine eigene Volkshochschule zu errichten und zu unterhalten. Die kreisangehörigen Gemeinden B bis Z, in denen gleichfalls ein Bedürfnis nach Erwachsenenbildung besteht, sind hierzu nicht in der Lage. Der Landkreis kann nur dann den Bau und die Unterhaltung einer Kreisvolkshochschule sicherstellen, wenn die Stadt A insoweit die Durchführung ihrer eigenen Pläne aufgibt und die Erfüllung dieser Aufgabe ausschließlich dem Landkreis überläßt.

In diesem Beispiel handelt es sich bei der Errichtung und Unterhaltung der Volkshochschule nur insoweit um eine überörtliche, "ergänzende" Aufgabe des Landkreises, als dieser hinsichtlich der leistungsschwachen Gemeinden B bis Z subsidiär zuständig ist. Die kreisangehörige Stadt A bleibt indessen für diese freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe ausschließlich örtlich zuständig. Der Landkreis kann die mit der Errichtung und Einrichtung einer Volkshochschule verbundenen Hoheitsrechte von der Gemeinde A nur im Wege einer Delegation erhalten.

Kommt es in diesem als Beispiel aufgeführten oder in einem ähnlich gelagerten Fall zu einer Einigung zwischen sämtlichen, leistungsstarken wie leistungsschwachen Gemeinden und dem Landkreis, so erfolgt die Begründung der alleinigen Zuständigkeit des Landkreises in der Regel durch einen Rechtsakt, bei dem vielfach nicht zu erkennen ist, ob und inwieweit eine Delegation (seitens der leistungsstarken Gemeinden) oder lediglich eine Beseitigung der konkurrierenden Zuständigkeit (der leistungsschwachen Gemeinden) vorliegt.

Hinzu kommt, daß die Bestimmung des § 13 Abs. 1 RZwVG und rhpf ZwVG nach der Gemeinden und Gemeindeverbände zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe vereinbaren können, daß einer der Beteiligten "die gemeinsame Aufgabe erfüllt", ihrem Wortlaut nach beide Fälle, die Delegation wie die Beseitigung einer konkurrierenden Zuständigkeit mit umfaßt.

Auch die Ermächtigungsgrundlage des § 21 Abs. 1 bw ZwVG, nach der Gemeinden und Landkreise vereinbaren können, daß eine der beteiligten Körperschaften bestimmte Aufgaben für alle Beteiligten erfüllt, enthält neben der Ermächtigung zur Delegation die Rechtsgrundlage zur vertraglichen Aufhebung konkurrierender Zuständigkeiten kreisangehöriger Gemeinden zu Gunsten des Landkreises.

Demgegenüber ist nach der unmißverständlichen Fassung des § 23 nw KGemG eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung nur für die Übernahme einzelner Aufgaben der beteiligten Gemeinden und Gemeindeverbände in die Zuständigkeit eines Beteiligten (Delegation) oder die Durchführung solcher Aufgaben eines Beteiligten für die übrigen (Mandat) möglich⁵⁾. Die Möglichkeit der Aufhebung konkurrierender Zuständigkeiten durch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen ist in dieser Bestimmung nicht vorgesehen. Um die vom nw Landesgesetzgeber übersehene Lücke zu schließen, ist es dem zutreffenden Vorschlag WOITEs nach empfehlenswert, de lege ferenda folgende Ergänzung in die nw LKO⁷⁾ aufzunehmen:

"Die Landkreise können mit den ihnen angehörenden Gemeinden und Gemeindeverbänden vereinbaren, daß sie einzelne Aufgaben in ausschließlicher Zuständigkeit wahrnehmen.

§ 23 Abs. 3 und 5; § 24 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Abs. 3 und 4 und § 10 Abs. 1 S. 2 KGemG finden entsprechende Anwendung; die übrigen Bestimmungen des KGemG bleiben unberührt."

Solange die von WOITE vorgeschlagene Regelung noch nicht in die nw LKO aufgenommen ist, hat in den behandelten Ausgangsfällen eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung in Anbetracht der bestimmten Fass

5) Vgl. oben S. 65

6) WOITE S. 119 ff. (122), 164.

7) Die Aufnahme dieser speziellen Ermächtigungsgrundlage in die nw LKO statt in das nw KGemG begründet WOITE (a.a.O.) zu Recht damit, daß die vertragliche Aufhebung der konkurrierenden Zuständigkeit lediglich das Verhältnis zwischen Landkreis und kreisangehörigen Gemeinden betrifft.

des § 23 nw KGemG stets deutlich zum Ausdruck zu bringen, ob eine direkte oder nur eine entsprechende Anwendung des nw KGemG vorliegt. Die Ausweitung des Instituts der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung auf die vertragliche Aufhebung konkurrierender Zuständigkeiten zugunsten des Landkreises rechtfertigt sich nach dem Sinn und Zweck des nw KGemG, das die kommunale Gemeinschaftsarbeit in weitestgehendem Maße auf freiwilliger Grundlage fördern will ⁸⁾).

(c) Bei den ausgleichenden Aufgaben besteht eine ausschließliche Zuständigkeit des Landkreises ⁹⁾, da die finanziellen Ausgleichsaufgaben des Kreises gegenüber seinen verbandsangehörigen Gemeinden funktionsmäßig nur vom Landkreis wahrgenommen werden können. Da den Gemeinden selbst eine Ausgleichsfunktion nicht eigen ist, scheidet auf diesem Aufgabengebiet eine Delegation durch Gemeinden auf Landkreise von vornherein aus.

2. Die der Delegation gesetzten Schranken bei Kompetenz-Kompetenz-Befugnissen der Landkreise

Zu den begriffswesentlichen Eigenschaften einer "echten" Delegation gehört das Einverständnis des Deleganten, von dem die Begründung der außerordentlichen Zuständigkeit abhängt ¹⁰⁾. Eine Delegation von Hoheitsrechten kann demnach dann nicht vorliegen, wenn der Landkreis seinen Zuständigkeitsbereich gegen den Willen und unter Ausschluß der bisher ausschließlich oder konkurrierend zuständigen kreisangehörigen Gemeinden erweitert. Es handelt sich hierbei um solche Fälle, in denen dem Landkreis die Kompetenz-Kompetenz zusteht.

Nach der in der Kommunallehre vorherrschenden Definition wird die Kompetenz-Kompetenz als das den Landkreisen zustehende Recht bezeichnet, "unter bestimmten Voraussetzungen den kreisangehörigen Gemeinden Zuständigkeiten auch gegen deren Willen zu entziehen und dem eigenen Zuständigkeitsbereich einzuverleiben" ¹¹⁾.

-
- 8) Vgl. Allg. Teil Ziff. 1 der Begr. des RegEntw zum nw KGemG (Mat. Bd. I S. 20); Innenminister DUFHUES (Mat. Bd. I S. 96) und Abg. BUSEN (CDU) (Mat. Bd. I S. 99) bei der I. Lesung des nw KGemG; Abg. SMEKTALA (SPD) (Mat. Bd. III S. 2182) bei der II. Lesung des nw KGemG; Abg. ROESCH (CDU) (Mat. Bd. III S. 2196) und Abg. MÖLLER (FDP) (Mat. Bd. III S. 2197) bei der III. Lesung des nw KGemG.
- 9) WAGENER S. 236; von HOPPE (S. 53 ff.) und WOLFF (§ 85 II b) 3 (S. 141) nicht berücksichtigt.
- 10) Siehe oben § 7 I (S. 44 ff. (47, 50)).
- 11) PAGENKOPF S. 190, 197 ff.; ders., Die dezentralisierte Selbstverwaltung S. 156 ff.; WOITE S. 12, 183; WOLFF § 89 VII a) 2 (S. 199), anders jedoch in § 72 IV b) 1 (S. 18).

Die Wendung "a u c h gegen deren Willen" in dieser Definition ist indessen mißverständlich, da sie zu der von ihren Vertretern selbst nicht beabsichtigten Annahme verleiten kann, neben solchen Zuständigkeitsänderungen die nur m i t Willen der kreisangehörigen Gemeinden möglich seien, umfasse der Kompetenz-Kompetenz-Begriff a u c h solche, die gegen deren Willen durchgeführt werden könnten.

Ferner kann die Begriffsbestimmung WOITEs, Kompetenz-Kompetenz bedeute ein "Verfahren", das dem Landkreis oder dem Amt ¹²⁾ Möglichkeiten eröffne, einzelne Aufgaben, zu deren Wahrnehmung die Gemeinden "an sich ebenso" berechtigt seien, "auch gegen den Willen" der Gemeinden (GV) unter bestimmten Voraussetzungen in ausschließlicher Zuständigkeit durchzuführen, zu Mißverständnissen führen. Die Wendung "an sich ebenso berechtigt" läßt die dogmatisch unzutreffende Schlußfolgerung zu, die Kompetenz-Kompetenz berechtige die Landkreise lediglich zur Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten ¹³⁾, nicht jedoch auch zu einer zwangsweisen Aufhebung gemeindlicher Zuständigkeiten. Zudem ist die Definition WOITEs insofern ungenau, als sie mit dem Begriff "Kompetenz-Kompetenz" das durch dieses Institut ermöglichte Verfahren identifiziert; Kompetenz-Kompetenz bedeutet jedoch die Ausschließungsbefugnis ¹⁴⁾ selbst, auf Grund der erst der Landkreis das Kompetenz-Kompetenz-Verfahren einleiten kann ¹⁵⁾.

12) In die Neufassungen der saarl GemO und AmtsO v. 25.9.1964 (saarl AB1. S. 123) ist eine Kompetenz-Kompetenz, wie sie der saarl Ämtern nach § 71 Abs. 1 saarl GemO a.F. (v.10.7.1951, saarl AB1. S. 995) - allerdings durch § 69 Abs.2 DVO zur saarl GemO a.F. eingeschränkt - noch zustand, nicht mehr aufgenommen worden, so daß insoweit die WOITEsche Definition überholt ist.

13) WOITE a.a.O.

14) Statt der Bezeichnung "Kompetenz-Kompetenz" sollte man den sprachlich besseren Ausdruck "Ausschließungsbefugnis" oder "Ausschließungszuständigkeit" (vgl. WAGENER S.114) verwenden. Da nach der hier vertretenen Terminologie der Begriff "Kompetenz" dem Gegenstand der Zuständigkeit vorbehalten bleiben soll (siehe oben S. 48 f.), ist die Bezeichnung "Kompetenz-Kompetenz" mißverständlich; doch hat sich dieser Begriff im Sprachgebrauch der Lehre bereits derart eingebürgert, daß aus diesem terminus, ebensowenig wie es WAGENER vermag, nicht verzichtet werden kann.

15) Die Definition WOITEs überrascht, weil er an anderer Stelle (S. 105, 119) deutlich den Unterschied zwischen der Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit und der Beseitigung einer konkurrierenden Zuständigkeit gesehen und dargelegt hat.

Als inzwischen klassische Regelung und Ausgestaltung einer Kompetenz-Kompetenz des Landkreises sind die Bestimmungen der §§ 43 bis 49 des Einführungsgesetzes (im folgenden: EinfG) zum Gesetz über die kommunale Neugliederung des rheinisch-westfälischen¹⁶⁾ Industriegebietes vom 29.7.1929 anzuwenden, die heute noch Vorbild für die in einzelnen Landkreisordnungen enthaltenen Kompetenz-Kompetenz-Bestimmungen sind. Die maßgebliche Vorschrift des § 43 des nicht mehr in Kraft befindlichen EinfG hatte folgenden Wortlaut:

"(1) Beschließt der Kreis die Übernahme einer Selbstverwaltungsangelegenheit für den ganzen Kreis oder für einen Kreisteil, so kann er nach Verhandlung mit den beteiligten kreisangehörigen Gemeinwesen die ausschließliche Zuständigkeit gegenüber den in diesem Gebiete belegenen Gemeinwesen unter der Voraussetzung in Anspruch nehmen, daß

1. die Übernahme auf den Kreis für eine einheitliche Versorgung des Gebiets erforderlich ist, um in einer dem öffentlichen Wohle entsprechenden Weise einem Bedürfnisse der Einwohner zu genügen,

2. die Durchführung der Angelegenheit durch den Kreis in einer wirtschaftlich zweckmäßigen Weise die ausschließliche Zuständigkeit bedingt. Gemeinwesen in diesem Sinne sind die dem Kreise eingegliederten Gebietskörperschaften (Städte, Landgemeinden und Ämter) und die ganz oder teilweise aus solchen bestehenden Zweckverbände. Der Beschluß des Kreistags nebst Begründung ist öffentlich bekanntzumachen.

(2) Von der Inanspruchnahme der ausschließlichen Zuständigkeit durch den Kreis sind ausgeschlossen:

1. Sparkassenangelegenheiten,

2. die den Gemeinden auf dem Gebiete des Volksschulwesens sowie der höheren und mittleren Schulen zustehenden Rechte und Pflichten."

Nach dieser den Grundtyp einer Kompetenz-Kompetenz regelnden Bestimmung kann grundsätzlich allein diejenige Zuständigkeitsänderung unter den herkömmlichen Begriff "Kompetenz-Kompetenz" gefaßt werden, die "gegen den Willen" der kreisangehörigen Gemeinden und nicht etwa "auch gegen deren Willen" den Landkreisen ermöglicht wird. Die Wendung in § 43 Abs. 1 EinfG "nach Verhandlung mit den beteiligten kreisangehörigen Gemeinden" ist in dem Sinne auszulegen, daß ähnlich wie bei einem Pflichtverband¹⁷⁾ oder einer Pflichtregelung¹⁸⁾ der Zwangsregelung stets ein förmliches Anhörungsverfahren,

16) PrGS S. 137.

17) Siehe oben § 16 (S. 114)

18) Siehe oben § 12 (S. 89)

mit dem der Versuch einer einverständlichen Lösung unter den Beteiligten gemacht werden soll, voranzugehen hat.

Wie die Regelung des § 43 EinfG ferner zeigt, ist die Ausschließungsbefugnis nach dem Grundtypus der Kompetenz-Kompetenz nicht auf die Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten beschränkt, sondern umfaßt auch das einseitige Recht des Landkreises, ordentliche Zuständigkeiten der kreisangehörigen Gemeinden - von der in § 43 Abs. 2 EinfG enthaltenen Ausnahme abgesehen - aufzuheben und in gleichem Umfange den eigenen Zuständigkeitsbereich um eine außerordentliche Zuständigkeit zu erweitern.

Soweit die Kompetenz-Kompetenz-Befugnis der Landkreise zur Aufhebung konkurrierender Zuständigkeiten berechtigt, liegt für die Annahme einer Delegation ein doppelter Hinderungsgrund vor: neben der Tatsache, daß hier eine nicht auf dem Willen der kreisangehörigen Gemeinden beruhende Zuständigkeitsänderung vorgenommen wird, kann eine Delegation begrifflich auch deshalb nicht vorliegen, weil die Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten zwischen Landkreis und kreisangehöriger Gemeinde grundlegende Unterschiede zur Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit aufweist. Aus diesem Grunde scheidet bei einer zwangsweisen Aufhebung konkurrierender Zuständigkeiten selbst nach der weitergehenden, hier nicht vertretenen Delegationslehre BARBEYS ¹⁹⁾, der den Vorgang einer auch gegen den Willen des Delegatars erfolgenden irregulären Zuständigkeitsbegründung als "echte" Delegation bezeichnet, die Möglichkeit einer Delegation begrifflich aus. Demgegenüber kann die Ausübung von Kompetenz-Kompetenz-Befugnissen zur Aufhebung ordentlicher gemeindlicher Zuständigkeiten und zur gleichzeitigen Begründung außerordentlicher Zuständigkeiten des Landkreises dem Begriffe nach noch zu den Fällen der "unechten, zuweisenden" Delegation ²⁰⁾ gerechnet werden, da insoweit sämtliche Delegationsmerkmale mit Ausnahme des durch den Deleganten erklärten Einverständnisses vorliegen.

19) Siehe oben § 6 II (S. 40)

20) Siehe oben § 7 III (S. 55 f.)

Das Institut der Kompetenz-Kompetenz nach der durch §§ 43 ff EinfG. vorgegebenen Grundkonzeption ist in den Landkreisordnungen sämtlicher Bundesländer mit Ausnahme Bayerns und Nordrhein-Westfalens²¹⁾ in mehr oder minder großem Umfange enthalten. In diesen Ländern bestehen im einzelnen folgende Kompetenz-Kompetenz-Regelungen:

a) Baden-Württemberg

Nach § 2 Abs. 2 bw LKO beschränkt sich die Kompetenz-Kompetenz des Landkreises auf solche Aufgaben, zu deren Erfüllung dieser bereits ausreichende Einrichtungen geschaffen oder übernommen hat. In diesen Fällen kann der Kreistag bei qualifizierter Stimmenmehrheit mit Wirkung gegenüber den Gemeinden beschließen, daß diese Aufgaben für die durch die Einrichtung versorgten Teile des Landkreises zu seiner ausschließlichen Zuständigkeit gehört. Bei dieser dem Landkreis durch die bw LKO eingeräumten Kompetenz-Kompetenz kann es sich lediglich um ein Recht zur Aufhebung konkurrierender Zuständigkeiten handeln; denn der Landkreis muß hier für die Errichtung und Übernahme der Einrichtungen bereits v o r Ausübung seiner Ausschließungsbefugnis n e b e n den zunächst ebenfalls hierfür zuständigen kreisangehörigen Gemeinden subsidiär zuständig gewesen sein. Diese Kompetenz-Kompetenz umfaßt auch nicht die volle Ausschließungsbefugnis in sämtlichen Fällen konkurrierender Zuständigkeiten, da die Angelegenheiten, zu deren Erfüllung die Errichtung oder Übernahme von Einrichtungen erforderlich ist, nur einen Teil der "ergänzenden" Aufgaben oder des gemeindlich-übergemeindlichen Zwischenbereichs darstellt. In den von der Kompetenz-Kompetenz-Regelung des § 2 Abs. 2 bw LKO nicht erfaßten Fällen bleibt daher weiterhin eine vertragliche Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten erforderlich.

b) Hessen

Die he LKO enthält in § 19 zwei verschiedene Kompetenz-Kompetenz-Rechtsgrundlagen:

Zunächst besteht eine Kompetenz-Kompetenz des he Landkreises für solche Aufgaben, zu deren Erfüllung er von kreisangehörigen Ge-

21) Die Bestimmung des § 55 lit.d) nw LKO ordnet ausdrücklich die Außerkraftsetzung der §§ 43 ff. EinfG an; vgl. ebenfalls Ziff. 2) der 1. VerwVO zu § 2 nw LKO (SMBL. NW 1961 S. 2021).

meinden (oder Zweckverbänden) schon geschaffene Einrichtungen zu übernehmen beabsichtigt (Abs. 1); darüber hinaus billigt die he LKO ihren Landkreisen auch in solchen Fällen eine Kompetenz-Kompetenz zu, in denen die Landkreise bereits selbst Einrichtungen erstellt oder von kreisangehörigen Gemeinden (oder Zweckverbänden) übernommen haben, sie jedoch ausschließlich für die Erfüllung dieser Aufgaben zuständig sein möchten (Abs. 4).

Von den beiden aufgeführten Kompetenz-Kompetenz-Befugnissen des he Landkreises besteht die umfassendere Rechtsgrundlage nach § 19 Abs. 1 he LKO für die Übernahme von Einrichtungen kreisangehöriger Gemeinden. Der he Landkreis kann diese Kompetenz-Kompetenz auf Grund einfachen Mehrheitsbeschlusses des Kreistages (Abs. 3) ausüben, wenn die Übernahme der Einrichtungen für eine wirtschaftliche Durchführung seiner Aufgaben erforderlich ist. Daß es sich hierbei nicht um eine lediglich auf die Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten beschränkte Kompetenz-Kompetenz handeln kann, ist daraus zu ersehen, daß als Maßstab für eine derartige Übernahme nicht etwa der Stand der jeweiligen Leistungsfähigkeit der kreisangehörigen Gemeinden zu gelten hat, sondern allein wirtschaftliche Zweckmäßigkeitserwägungen des Kreises maßgeblich sind ²²⁾.

Der Landkreis kann hiernach also auch Einrichtungen leistungsfähiger Gemeinden übernehmen, wenn ihm dies erforderlich erscheint, und somit gegen den Willen dieser Gemeinden eine außerordentliche Zuständigkeit auf diesem Aufgabengebiet selbst begründen. Insoweit liegt eine "unechte, zuweisende" Delegation vor. Demgegenüber hat die Übernahme von Einrichtungen leistungsschwacher Gemeinden lediglich die Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten auf dem jeweiligen Aufgabengebiet zur Folge.

Zwar haben gem. § 19 Abs. 3 he LKO die kreisangehörigen Gemeinden ein Mitwirkungsrecht bei der Festsetzung der Übernahmebedingungen. Dieses Mitbestimmungsrecht läßt jedoch keine Rückschlüsse auf das Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage für eine Delegation zu, da die betroffenen Gemeinden hier nicht über das "Ob" der Übernahme

22) WOITE (S. 140) äußert zu Recht Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit des § 19 Abs. 1 he LKO, da diese Bestimmung mit der Verfassungsgarantie des Art. 137 he LVerf, die für die Zuweisung von Aufgaben an andere Aufgabenträger ein dringendes öffentliches Interesse erfordert, in Widerspruch stehe.

ihrer Einrichtungen auf den Landkreis als neuen außerordentlichen Zuständigkeitsinhaber, sondern nur über das "Wie" dieser Übernahmebedingungen mitentscheiden können. Kommt es hierbei zu keiner Einigung, werden diese Bedingungen von der Aufsichtsbehörde des Landkreises bestimmt.

Die andere, jedoch enger gefaßte Kompetenz-Kompetenz-Bestimmung des § 19 Abs. 4 he LKO gleicht inhaltlich weitgehend der bw Regelung. Danach muß der he Landkreis im Rahmen seines Wirkungsbereiches für einen bestimmten Zweck bereits ausreichende Einrichtungen geschaffen oder von einer kreisangehörigen Gemeinde (oder einem Zweckverband) übernommen haben, bevor er auf Grund einfachen Mehrheitsbeschlusses des Kreistages diese Aufgaben in seine ausschließliche Zuständigkeit ziehen kann. In diesem Falle beschränkt sich das Ausschließungsrecht des Landkreises auf die Aufhebung konkurrierender Zuständigkeiten, da er bereits vorher subsidiär auf dem "ergänzenden" Aufgabenbereich tätig gewesen sein muß.

c) Niedersachsen

Nach § 3 Abs. 2 S. 2 nds LKO steht den Landkreisen eine Kompetenz-Kompetenz für freiwillig von kreisangehörigen Gemeinden übernommene Aufgaben und Einrichtungen zu; die Ausübung der Kompetenz-Kompetenz muß notwendig sein, "um einem Bedürfnis der Kreiseinwohner in einer dem öffentlichen Wohl entsprechenden Weise zu genügen".

Die nds Kompetenz-Kompetenz-Regelung umfaßt somit nicht die Ausschließungsbefugnis der Landkreise bei pflichtigen Selbstverwaltungsaufgaben und Auftragsangelegenheiten. Doch können andererseits die nds Landkreise bei Vorliegen eines dem öffentlichen Wohle entsprechenden Bedürfnisses ihre Kompetenz-Kompetenz bei freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben voll ausüben und demnach sowohl bestehende konkurrierende Zuständigkeiten von kreisangehörigen Gemeinden zu ihren Gunsten aufheben wie auch freiwillige Aufgaben der bisherigen ausschließlich örtlichen Zuständigkeitsträger gegen deren Willen in die eigene Zuständigkeit übernehmen ²³⁾.

23) Die Bestimmung des § 3 Abs. 2 S. 2 nds LKO ist mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 44 Abs. 1 nds LVerf, wonach jeder Eingriff in die gemeindliche Selbstverwaltung unter Gesetzesvorbehalt steht, nicht in Einklang zu bringen (vgl. a.oben § 12 I (S.89)). Auf dieses verfassungsrechtliche Problem kann indessen im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter eingegangen werden.

Die Bedingungen dieser Übernahme müssen gemäß § 3 Abs. 2 S. 3 des LKO von den Beteiligten vereinbart werden.

Falls eine solche Vereinbarung nicht zustande kommt, werden die Übernahmebedingungen von der Aufsichtsbehörde des Landkreises festgesetzt (§ 3 Abs. 2 S. 4). Ebensowenig wie nach § 19 Abs. 3 des LKO kann es sich bei der vertraglichen Vereinbarung der Übernahmebedingungen um eine Delegation von Hoheitsrechten handeln, da auch hier nicht über das "Ob" sondern vielmehr über das "Wie" der Übernahme eine Absprache getroffen werden soll.

d) Rheinland-Pfalz

Die rhpf Landkreise können gemäß § 3 Abs. 1 rhpf LKO solche gemeindlichen Aufgaben übernehmen, "die über den örtlichen Rahmen oder die finanzielle Leistungsfähigkeit" der einzelnen Gemeinden (oder Ämter) hinausgehen. Bei den "über den örtlichen Rahmen" hinausgehenden Aufgaben i.S. dieser Bestimmung handelt es sich um Aufgaben des gemeindlich-übergemeindlichen Zwischenbereichs, also um solche Angelegenheiten, die zwar über den Verwaltungsraum der einzelnen Gemeinde hinausreichen, andererseits aber den Verwaltungsraum des Landkreises nicht ausfüllen. Auf diesem Aufgabengebiet sind die Landkreise ebenso wie bei den ergänzend für und neben leistungsschwachen Gemeinden wahrgenommenen Aufgaben nur subsidiär zuständig. Den Landkreisen in Rheinland-Pfalz steht somit lediglich eine begrenzte Kompetenz-Kompetenz zur Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten zu.

e) Saarland

Nach § 4 Abs. 4 saarl LKO können die saarländischen Landkreise auf Grund qualifizierten Mehrheitsbeschlusses ohne Zustimmung der betroffenen kreisangehörigen Gemeinden deren Selbstverwaltungsangelegenheiten übernehmen, "wenn die Übernahme notwendig ist, um ein Bedürfnis der Kreiseinwohner in einer dem öffentlichen Wohle entsprechenden Weise zu genügen, und die zu übernehmende Aufgabe das Leistungsvermögen der beteiligten Gemeinden übersteigt".

Soweit sich die Kompetenz-Kompetenz der Landkreise auf freiwillige Selbstverwaltungsaufgaben kreisangehöriger Gemeinden erstreckt, liegt lediglich ein Recht zur Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten vor, da es sich bei den jeweiligen Aufgaben, die die Leistungsfähigkeit der betroffenen Gemeinden übersteigen, nur um Ange-

legenheiten des "ergänzenden" Aufgabenbereichs der Landkreise handeln kann. Bei denjenigen Selbstverwaltungsangelegenheiten, zu deren Erfüllung die kreisangehörigen Gemeinden als örtlich ausschließliche Träger gesetzlich verpflichtet sind, begründen die saarl Landkreise im Falle einer Kompetenz-Kompetenz-Ausübung dagegen zu ihren Gunsten eine außerordentliche, ausschließliche Zuständigkeit ²⁴⁾.

f) Schleswig-Holstein

Die schlh KO enthält eine mit der klassischen Regelung der §§ 43 ff EinfG teilweise wörtlich übereinstimmende, sie umfangmäßig sogar noch übertreffende Kompetenz-Kompetenz-Bestimmung ²⁵⁾: nach § 21 Abs. 1 und 2 schlh KO kann der Landkreis nach Verhandlung mit den Beteiligten durch Kreistagsbeschluß Aufgaben kreisangehöriger Gebietskörperschaften für den ganzen Kreis oder einen Kreisteil in seine ausschließliche Zuständigkeit unter der Voraussetzung übernehmen, daß

- "(a) die Übernahme auf den Kreis für eine einheitliche Versorgung des Gebietes erforderlich ist und damit einem Bedürfnis der Einwohner in einer dem öffentlichen Wohle entsprechenden Weise genügt wird sowie
- (b) die ausschließliche Zuständigkeit des Kreises erforderlich ist, um die Aufgaben wirtschaftlich zweckmäßig durchzuführen." ²⁶⁾

Der Kompetenz-Kompetenz-Beschluß des Kreistages bedarf der qualifizierten Mehrheit und der Genehmigung des Landesinnenministers (Abs. 3). Über die Übernahmebedingungen treffen die Beteiligten eine Vereinbarung. Kommt keine Vereinbarung zustande, so regelt der Landesinnenminister die Auseinandersetzung (Abs. 4).

24) Im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 122 saarl LVerf bestehen hier die gleichen verfassungsmäßigen Bedenken, die oben in Fußn. 23 geäußert wurden.

25) Über § 43 Abs. 2 EinfG hinaus ermöglicht § 3 Abs. 2 S. 2 nds LKO die Inanspruchnahme der ausschließlichen Zuständigkeit durch den Landkreis bei Sparkassen- und Schulangelegenheiten.

26) Gegen die Ermächtigungsnorm des § 21 Abs. 1 schlh KO bestehen im Hinblick auf den in Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 39 Abs. 1 schlh LS enthaltenen Gesetzesvorbehalt verfassungsrechtliche Bedenken (vgl. auch Fußn. 23 und 24).

Wie die in § 43 EinfG enthaltene klassische Kompetenz-Kompetenz-Regelung schließt auch das nach der schllh KO mögliche Ausschließungsrecht die Befugnis sowohl zur Aufhebung konkurrierender Zuständigkeiten wie auch zur Begründung außerordentlicher Zuständigkeiten gegen den Willen der betroffenen Gemeinden ein.

3. Ergebnis zu I

Eine Delegation von Hoheitsrechten durch kreisangehörige Gemeinden auf Landkreise ist demnach ausgeschlossen:

a) bei vorhandener Zuständigkeitskonkurrenz.

Die Landkreise sind bei den über den Verwaltungsraum der kreisangehörigen Gemeinden hinausgehenden, das Verwaltungsgebiet des Kreises jedoch nicht ausfüllenden Aufgaben des sogen. "gemeinlich-übergemeindlichen Zwischenbereiches" sowie bei den "ergänzenden" Aufgaben lediglich subsidiär zuständig. Auf diesen Aufgabengebieten kann lediglich die bisherige konkurrierende Zuständigkeit des Landkreises zu einer ausschließlichen umgewandelt, nicht aber eine außerordentliche Zuständigkeit des Landkreises begründet werden. Eine Delegation scheidet ihrem Begriffe nach hier von vornherein aus.

b) im Falle einer Ausübung von Kompetenz-Kompetenz-Befugnissen durch den Landkreis.

Die auf Grund eines Kompetenz-Kompetenz-Beschlusses stets gegen den Willen der betroffenen kreisangehörigen Gemeinden erfolgende Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit des Landkreises ist unvereinbar mit dem hier vertretenen "echten" Delegationsbegriff, nach dem jede Änderung einer Zuständigkeitsordnung auf dem Einverständnis des Deleganten zu beruhen hat. Das Institut der Kompetenz-Kompetenz ist lediglich den Landkreisordnungen Bayerns und Nordrhein-Westfalens unbekannt. In Baden-Württemberg und in Rheinland-Pfalz verfügen die Landkreise über eine begrenzte Kompetenz-Kompetenz, die sich auf die Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten beschränkt. Die Landkreise der übrigen Länder haben weitergehende Kompetenz-Kompetenz-Befugnisse, die auch zur einseitigen Begründung außerordentlicher Zuständigkeiten berechtigen; bei dem letztgenannten Kompetenz-Kompetenz-Verfahren handelt es sich um einen Fall der "unechten zuweisenden" Delegation.

Eine "echte" Delegation von Hoheitsrechten durch kreisangehörige Gemeinden auf Landkreise ist somit grundsätzlich nur bei einer von vornherein bestehenden, ausschließlichen Zuständigkeit der Gemeinden möglich, sofern darüber hinaus die Landkreise Hessens, Niedersachsens, des Saarlandes und Schleswig-Holsteins von ihren weitergehenden Kompetenz-Kompetenz-Befugnissen keinen Gebrauch machen.

II. Die Ermächtigungsgrundlagen zur Delegation von Hoheitsrechten kreisangehöriger Gemeinden auf Landkreise

Ermächtigungsgrundlagen zur Delegation von Hoheitsrechten durch kreisangehörige Gemeinden auf Landkreise sind die das Institut der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung ²⁷⁾ regelnden Vorschriften der §§ 13 und 14 RZwVG und rhpf ZwVG, §§ 23 ff. nw KGemG sowie der §§ 21 bis 23 bw ZwVG. Da die Landkreise Gemeindeverbände sind, werden sie vom Wortlaut wie auch vom Sinn und Zweck der vorgenannten Ermächtigungsnormen mit umfaßt; die Bestimmung des § 21 bw ZwVG ermächtigt ausdrücklich die Landkreise neben den Gemeinden zum Abschluß öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen.

Gesetzliche Sonderregelungen sind in den Landkreisordnungen Bayerns, Niedersachsens sowie des Saarlandes enthalten:

1. Bayern

Nach Art. 52 bay LKO können die Landkreise auf Antrag kreisangehöriger Gemeinden deren Aufgaben des eigenen Wirkungskreises übernehmen, "wenn und solange diese das Leistungsvermögen der beteiligten Gemeinden übersteigen" und sofern der Kreistag die Übernahme mit qualifizierter Mehrheit billigt.

Da es sich bei den die Leistungsfähigkeit der kreisangehörigen Gemeinden übersteigenden Aufgaben stets um "ergänzende" Aufgaben handelt, für die die Landkreise bereits subsidiär zuständig sind ²⁸⁾, ermächtigt die Bestimmung des Art. 52 bay LKO die Landkreise lediglich zu einer Aufhebung konkurrierender Zuständigkeiten im Einverständnis mit dem primär für diese Aufgaben zuständigen kreisangehörigen Gemeinden. Diese Aufhebung bedarf keiner vertraglichen, genehmigungsbedürftigen Vereinbarung, da neben dem förmlichen und auf ein-

²⁷⁾ Siehe oben § 10 (S. 64 f.).

²⁸⁾ Siehe oben S. 150.

fachem Mehrheitsbeschluß des jeweiligen Gemeinderats beruhenden Antrag ein mit Zweidrittelmehrheit zustandegekommener Beschluß des Kreistages genügt.

Die besondere Ermächtigungsgrundlage des Art. 52 bay LKO sieht in dessen eine Übernahme von Selbstverwaltungsaufgaben leistungsstarken Gemeinden oder staatlicher Auftragsangelegenheiten durch die bay Landkreise nicht vor. Für die Übernahme solcher Kompetenzen bedarf es weiterhin einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen kreisangehörigen Gemeinden und Landkreisen auf Grund der allgemeinen Ermächtigungsbestimmungen der §§ 13, 14 und 19 RZwVG, die durch die besondere Ermächtigungsnorm des Art. 52 bay LKO nicht ausgeschlossen werden ²⁹⁾.

2. Niedersachsen

Die nds LKO enthält in § 3 Abs. 2 S. 1 die Bestimmung, daß Landkreise "freiwillig übernommene Aufgaben und Einrichtungen von kreisangehörigen Gemeinden mit deren Zustimmung übernehmen" können. Formelle Voraussetzung für das Übernahmeverfahren sind lediglich übereinstimmende Beschlüsse des Gemeinderats und des Kreistages, ohne daß hierzu eine genehmigungspflichtige öffentlich-rechtliche Vereinbarung erforderlich ist.

Das Übernahmeverfahren nach § 3 Abs. 2 S. 1 nds LKO weist gegenüber einer auf der Grundlage der §§ 13, 14 und 19 RZwVG erfolgten Delegation die Besonderheit auf, daß eine ausdrückliche Vereinbarung, wonach der Landkreis ermächtigt wird, die Benutzung der übernommenen Einrichtung durch eine für das gesamte Gebiet der Beteiligten geltende Satzung zu regeln, nicht erforderlich ist. Dem Landkreis steht vielmehr ohne eine solche ausdrückliche Ermächtigung bereits nach § 7 Abs. 1 S. 1 nds LKO eine eigene Satzungs Gewalt zu.

Die Übernahme staatlicher, den Gemeinden angewiesener Auftragsangelegenheiten durch die nds Landkreise kann wie in Bayern nur auf der Ermächtigungsgrundlage der §§ 13, 14 und 19 RZwVG erfolgen.

29) Ebenso WIDTMANN S. 72.

3. Saarland

Nach § 4 Abs. 3 saarl LKO können die Landkreise über die von ihnen bisher wahrgenommenen örtlichen Selbstverwaltungsangelegenheiten hinaus ³⁰⁾ "mit Zustimmung der betreffenden Gemeinden weitere gemeindliche Selbstverwaltungsangelegenheiten übernehmen"; die Übernahme erfolgt durch Kreistagsbeschluß. Ebenso wie es in Niedersachsen der Fall ist, ist eine Delegation von Satzungsrechtsbefugnissen auf die saarl Landkreise bei diesem Übernahmeverfahren nicht erforderlich, da die saarl Landkreise bereits nach § 8 saarl LKO eigene Autonomie besitzen.

Wie bei der in der bay und der nds LKO enthaltenen Sonderregelung wird durch das einfache Übernahmeverfahren nach § 4 Abs. 3 saarl LKO die Übertragung von Auftragsangelegenheiten durch kreisangehörige Gemeinden auf den Landkreis im Wege öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen auf Grund der allgemeinen Ermächtigungsnormen der §§ 13, 14 und 19 RZwVG nicht ausgeschlossen.

In sämtlichen Ländern können die Auftrags- oder Weisungsaufgaben zuweisenden Gesetze Sonderregelungen enthalten, in denen eine Delegation auf andere Zuständigkeitsträger ausdrücklich untersagt ist oder in denen andererseits besondere Ermächtigungsnormen, vor allem zum Erlaß von Satzungen, enthalten sind. Eine derartige besondere Ermächtigungsgrundlage ist z.B. in Nordrhein-Westfalen in § 56 Abs. 5 des Landesstraßengesetzes vom 28.11.1961 ³¹⁾ enthalten; danach können die Gemeinden durch Vereinbarung die Verwaltung und Unterhaltung der Gemeindeverbindungsstraßen einschließlich des Um- und Ausbaues den Landkreisen gegen Ersatz der entstehenden Kosten übertragen ³²⁾.

30) § 4 Abs. 2 saarl LKO.

31) NW GVBl. S. 305.

32) Im RegBez Arnsberg schlossen im Jahre 1963 11, im Jahre 1964 4 kreisangehörige Gemeinden mit Landkreisen öffentlich-rechtliche Vereinbarungen auf der Grundlage des § 56 Abs. 5 NW LStrG ab (vgl. RegABl. des RegBez Arnsberg 1963 und 1964). Im RegBez Münster lagen im gleichen Zeitraum keine entsprechenden Vereinbarungen vor.

Im übrigen gilt für die Rechtsnatur und den Umfang der zwischen kreisangehörigen Gemeinden und Landkreisen erfolgenden Delegationen das über die zwischengemeindliche Vereinbarung in § 10 Ausgeführt entsprechend. Obgleich die Landkreise in sämtlichen Bundesländern über eine eigene Autonomie verfügen ³³⁾, ist - von den Sonderregelungen in § 3 Abs. 2 S. 1 nds LKO und § 4 Abs. 3 saarl LKO abgesehen - nach den ausdrücklichen Ermächtigungsbestimmungen des § 14 RZwVG und rhpf ZwVG, des § 25 KGemG und des § 22 bw ZwVG stets eine besondere Vereinbarung erforderlich, wenn ein Landkreis ermächtigt werden soll, die Benutzung einer Einrichtung durch eine für das gesamte Gebiet der Beteiligten geltende Satzung zu regeln.

Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zwischen kreisangehörigen Gemeinden und Landkreisen bedürfen der aufsichtsbehördlichen Genehmigung durch die staatlichen Mittelbehörden ³⁴⁾. Da im Saarland und in Schleswig-Holstein mittlere Landesbehörden fehlen, erteilen in diesen Ländern die Innenminister die erforderlichen Genehmigungen ³⁵⁾.

§ 23 Die Delegation von Hoheitsrechten auf den Landkreis

I. durch kreisfreie Gemeinden

Kreisfreie Gemeinden und Landkreise sind rechtlich und räumlich nebeneinander bestehende Gebietskörperschaften. Die Probleme einer Zuständigkeitsabgrenzung zwischen örtlichem und überörtlichem Aufgabenbereich können demnach bei diesen beiden Hoheitsträgern nicht auftreten. Der Landkreis kann kreisfreien Gemeinden gegenüber keine "ergänzenden" Aufgaben in subsidiärer Zuständigkeit wahrnehmen und somit auch nicht konkurrierend zuständig sein; auch stehen dem Land

33) § 3 Abs. 1 bw LKO, Art. 17 bay LKO, § 5 Abs. 1 he LKO; § 7 nds LKO; § 3 Abs. 1 nw LKO; § 11 Abs. 1 rhpf LKO; § 8 saarl LKO; § 4 schlh KO. Bei Auftrags- und Weisungsaufgaben können die Landkreise nach den vorzitierten Bestimmungen der einzelnen LKOen nur dann Satzungen erlassen, wenn dies gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist.

34) § 13 Abs. 2 S. 2 i.V. mit § 7 Abs. 2 RZwVG und rhpf ZwVG; § 24 Abs. 2 S. 1 i.V. mit § 29 Abs. 1 Ziff. 2 nw KGemG; § 21 Abs. 4 i.V. mit § 24 Abs. 2 bw ZwVG.

35) § 13 Abs. 2 S. 2 i.V. mit § 7 Abs. 2 RZwVG.

kreis keine Kompetenz-Kompetenz-Befugnisse gegenüber kreisfreien Gemeinden zu. Die einer Delegation bei Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten oder bei Anwendung von Kompetenz-Kompetenz-Befugnissen gesetzten begrifflichen Schranken bestehen daher nicht bei Vereinbarungen zwischen kreisfreien Gemeinden und Landkreisen. Bei diesen beiden Gruppen von Zuständigkeitsträgern handelt es sich um Gebietskörperschaften auf gleicher Verwaltungsstufe mit vielfach gleicher Verwaltungsintensität und -frequenz. Das Institut der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung hat zwischen kreisangehörigen Gemeinden und Landkreisen etwa die gleiche Bedeutung wie zwischengemeindliche Vereinbarungen unter mehreren kreisangehörigen Gemeinden. Gerade in dem oft durch die verschiedenartigen kommunalpolitischen Verhältnisse bedingten Spannungsfeld ist die öffentlich-rechtliche Vereinbarung in zahlreichen Fällen in hervorragendem Maße dazu geeignet, kommunale Probleme gemeinschaftlich zu lösen und somit - wie die Bezeichnung des nw KGemG es bereits zutreffend zum Ausdruck bringt - kommunale Gemeinschaftsarbeit zu leisten. In Nordrhein-Westfalen haben die zwischen kreisfreien Gemeinden und Landkreisen getroffenen öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen seit Inkrafttreten des nw KGemG der Anzahl nach zwar geringfügig zugenommen, jedoch die vom Gesetzgeber gehegten Erwartungen nicht erfüllt¹⁾.

-
- 1) In den von den insgesamt sechs nw Regierungsbezirken für diese Untersuchung ausgewählten Regierungsbezirken Arnsberg und Münster sind, wie eine Durchsicht der Amtsblätter der Jahre 1950 bis 1964 ergibt, lediglich im RegBez Arnsberg in den Jahren 1962/1963 7 öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zwischen kreisfreien Städten und Landkreisen geschlossen worden, von denen wiederum nur in folgenden zwei Fällen kreisfreie Städte Kompetenzen auf Landkreise übertrugen: 1. Vereinbarung zwischen den Landkreisen Arnsberg, Lippstadt, Meschede, Soest und Unna und der kreisfreien Stadt Hamm über Tier- und Konfiskatbeseitigung (RegABl. Arnsberg Nr. 30 v. 28.7.1962); 2. Vereinbarung zwischen dem Landkreis Altena und der kreisfreien Stadt Lüdenscheid über die zu erfüllenden Aufgaben des Kreisveterinärrates (RegABl. Arnsberg Nr. 38 v. 22.9.1962).

Hinsichtlich der Einzelheiten über Rechtsnatur, Umfang und Wirksamkeitsvoraussetzungen der mit öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen zwischen kreisfreien Gemeinden und Landkreis verbundenen Delegation von Hoheitsrechten kann auf die Ausführungen in § 10 dieser Untersuchung verwiesen werden. Aufsichtsbehörde ist, soweit kreisfreie Gemeinden und Landkreise demselben Regierungsbezirk angehören, die staatlichen Mittelbehörde ²⁾, soweit die an der Vereinbarung Beteiligten verschiedenen Regierungsbezirken eingegliedert sind, der Landesinnenminister ³⁾.

II. durch kreisangehörige Gemeinden eines anderen Landkreises

Öffentlich-rechtliche Vereinbarungen sind nach dem Sinn und Wortlaut der Ermächtigungsgrundlagen der §§ 13 und 14 RZwVG und rhpf ZwVG, §§ 23 ff nw KGemG sowie der §§ 21 bis 23 bw ZwVG schließlich auch zwischen kreisangehörigen Gemeinden und einem anderen Landkreis, dem diese Gemeinden nicht angehören, denkbar ⁴⁾. Folgendes Beispiel soll diese Möglichkeit veranschaulichen:

Die im Randgebiet des Landkreises A liegende größere kreisangehörige Gemeinde Z ist geographisch und wirtschaftlich weitgehend zum angrenzenden Landkreis B hin orientiert. Infolge Bevölkerungszuwachses sieht sich die leistungsstarke Gemeinde Z gezwungen, für ihre Realschüler, die bisher einen weiten Schulweg zur Kreisstadt A hatten, eine eigene Realschule zu errichten. Aus Zweckmäßigkeitserwägungen entschließt sich die Gemeinde Z, sich an dem Neubau einer Realschule in der geographisch näher gelegenen Kreisstadt B zu beteiligen. Die Errichtung und Unterhaltung einer Realschule ist, da die Kreisstadt B nicht leistungsstark genug ist, im Landkreis B überörtliche Aufgabe. Die Gemeinde Z schließt mit dem Landkreis B eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung, wonach der Landkreis B im Einverständnis und unter anteilmäßiger Kostenbeteiligung der Gemeinde Z eine Realschule errichtet, betreibt und diese Aufgabe in eigene Zuständigkeit übernimmt.

2) Siehe oben S. 166

3) § 13 Abs. 2 S. 2 i.V. mit § 7 Abs. 2 RZwVG u. rhpf ZwVG; § 24 Abs. 2 i.V. mit § 29 Abs. 1 Ziff. 3) nw KGemG; § 21 Abs. 4 i.V. mit § 24 Abs. 2 bw ZwVG.

4) Zwischen kreisangehörigen Gemeinden und einem fremden Landkreis sind in den für diese Untersuchung ausgewählten Regierungsbezirk Arnberg und Münster bisher keine öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen getroffen worden.

Ähnlich wie bei einer Vereinbarung zwischen kreisfreien Gemeinden und Landkreisen unterliegt auch die Delegation von Hoheitsrechten von kreisangehörigen Gemeinden auf einen anderen Landkreis begrifflich keinen Beschränkungen im Hinblick auf die Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten oder auf die Ausübung von Kompetenz-Kompetenz-Befugnissen, da es sich hier bei den an der Vereinbarung Beteiligten um räumlich nebeneinander bestehende Gebietskörperschaften handelt.

Delegationen von Hoheitsrechten können demnach in gleicher Art und Weise und in demselben Umfange wie bei einer zwischengemeindlichen, öffentlich-rechtlichen Vereinbarung erfolgen, so daß auch insoweit auf die in § 10 durchgeführte Untersuchung verwiesen werden kann. Eine besondere Regelung besteht lediglich nach § 24 Abs. 1 S. 1 nw KGemG, wonach kreisangehörige Gemeinden verpflichtet sind, ihren Landkreis rechtzeitig zu benachrichtigen, wenn sie mit Gemeindeverbänden außerhalb eines Landkreises Verhandlungen über eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung führen wollen. Für die aufsichtsbehördliche Genehmigung gilt das gleiche wie für Vereinbarungen zwischen kreisfreien Gemeinden und Landkreisen ⁵⁾.

5. Kapitel: Die Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf höhere Gemeindeverbände

§ 24 Begriff, Rechtsnatur und Rechtsgrundlagen der höheren Gemeindeverbände und ihre Abgrenzung zu den regionalen Sonderzweckverbänden

Höhere Gemeindeverbände sind gebietskörperschaftliche, aus Landkreisen und kreisfreien Gemeinden einer sich zumeist durch ihren landschaftlichen Charakter auszeichnenden Provinz oder Region zusammensetzende Gemeindeverbände zur Selbstverwaltung überörtlicher, regionaler Angelegenheiten sowie zur Fremdverwaltung der staatlich zugewiesenen Aufgaben ¹⁾.

Von den zahlreichen auf regionaler Ebene vorhandenen Kommunalverbänden kommen als höhere Gemeindeverbände im vorbezeichneten Sinne allein die beiden Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe

⁵⁾ Siehe oben S. 168.

¹⁾ Vgl. WOLFF Bd. II § 90 I b) (S. 204).

und die sieben bayerischen Bezirke Oberbayern, Niederbayern, Oberfranken, Mittelfranken, Unterfranken, Oberpfalz sowie Schwaben in Betracht.

Rechtsgrundlagen dieser Verbände sind die Landschaftsverbandsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 12.5.1953 (nw LVerb0)²⁾ und die Bezirksordnung für den Freistaat Bayern vom 27.7.1953 (bay Bez0)³⁾.

§ 2 nw LVerb0 bezeichnet die nw Landschaftsverbände lediglich als "öffentlich-rechtliche Körperschaften", ohne eine nähere Bestimmung ihres Rechtscharakters zu treffen.

Ein Teil der Lehre spricht den nw Landschaftsverbänden die Eigenschaft von Gemeindeverbänden ab: KÖTTGEN⁴⁾ und SEYDEL⁵⁾ sehen die Landschaftsverbände wegen des in § 5 nw LVerb0 fest umgrenzten Zuständigkeitskatalogs, der den beiden Verbänden nur einzelne Aufgaben zuweise, als echte Zweckverbände an.

Der überwiegende Teil der Lehre⁶⁾ vertritt dagegen die Auffassung, daß die Landschaftsverbände ihrem Wesen nach Gemeindeverbände sind. Zur Stützung dieser Ansicht werden vor allem folgende Argumente aufgeführt: der sachliche Aufgabenbereich, der sich stets nach den in einem Verwaltungsgebiet vorhandenen Bedürfnissen auszurichten habe, verändere sich naturgemäß in dem Maße, in welchem er sich vom engeren gemeindlichen Gebiet auf den überörtlichen und regionalen Raum größerer Selbstverwaltungskörperschaften verlagere (PAGENKOPF) der Aufgabenkatalog des § 5 nw LVerb0 stelle keine punkteförmige Enumeration dar, sondern er bezwecke das Aufzählen von Gattungsmerkmalen dieser Aufgaben (NAUNIN); insgesamt sei somit festzustellen, daß die Landschaftsverbände wie die Gemeinden, Ämter und Landkreise regulären, typischen, allgemeinen und nicht etwa - wie Zweckverbände singulären, zumeist atypischen, besonderen Verwaltungszwecken dienten; entscheidend sei, daß die Landschaftsverbände die für einen Ge

2) Nw GS. S. 217

3) (bay GVBl. S. 107) i. d. F. d. Ges. v. 28.10.1960 (bay GVBl. S. 244).

4) KÖTTGEN, Wesen und Rechtsform S. 193, Gemeindeverfassungsrecht S. 363 ff.

5) SEYDEL S. 138 Fußn. 83, 150.

6) GÖNNENWEIN S. 421; HOPPE S. 3 mit ausf. Hinw. auf die Lit. in Fußn. 3; ferner S. 34 ff., 39 ff., 66 ff., 72 ff., 113; NAUNIN, Entstehung und Sinn der LVerb0 in NW S. 159 f.; ders., Verfassungsrecht S. 475, ODENBREIT-HENSEL S. 209; PAGENKOPF S. 219; WOLFF Bd. II a. a. ZUHORN S. 249; gleicher Ansicht mit teilw. and. Begr. BECKER, Die Selbstverwaltung S. 129.

meindeverband begriffswesentlichen, überörtlich-primären Aufgaben wahrnehmen (HOPPE).

Der herrschenden Ansicht ist beizutreten. Dem rechtlichen Umfang nach hat sich der den Landschaftsverbänden nach § 5 nw LVerbO zugewiesene Aufgabenbereich im Vergleich zu demjenigen der früheren Provinz Westfalen sowie der Rheinprovinz erweitert. Der Aufgabenbereich der beiden früheren, mit Allzuständigkeit versehenen preussischen Provinzen, denen auch SEYDEL ⁷⁾ den Gemeindeverbandscharakter nicht abspricht, beschränkte sich bereits auf Grund der Provinzialordnungen für Westfalen vom 1.8.1886 ⁸⁾ und für das Rheinland vom 1.6.1887 ⁹⁾ i.V. mit den preussischen Dotationsgesetzen von 1873/75 ¹⁰⁾ auf Aufgaben des Fürsorge- und Kulturwesens, des Gemeinde- und Kreiswegebaues sowie auf bestimmte Bereiche der Kommunalwirtschaft. Der globale Aufgabenkatalog des § 5 nw LVerbO zählt in seiner jetzigen Fassung alle nur denkbaren Aufgabengruppen auf, die sich im Laufe der 150-jährigen geschichtlichen Entwicklung der beiden Landschaftsverbände ergeben haben, nämlich Angelegenheiten der Sozialhilfe, des Fürsorgewesens, der Jugendwohlfahrt, der Gesundheitspflege, des Straßenbaus, der Landeskulturopflege, der Land-, Forst- und Wasserwirtschaft und der Landesplanung.

Nach § 5 Abs. 4 nw LVO können den Landschaftsverbänden weitere, in Zukunft erwachsende neue Aufgaben jederzeit durch Gesetz zugewiesen werden. Die im Aufgabenkatalog des § 5 nw LVO einzeln aufgeführten Aufgabengebiete sind für eine öffentlich-rechtliche Körperschaft auf regionaler Ebene derart umfassend, daß man von einer effektiven Generalität ¹¹⁾ des Aufgabenbereichs der Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe sprechen kann und diese Kommunalverbände demnach als höhere Gemeindeverbände zu bezeichnen hat.

Sie sind ihrem Wesen nach zugleich Gebietskörperschaften, da sich die Mitgliedschaft der verbandsangehörigen Mitgliedskörperschaften, nämlich der Landkreise und kreisfreien Städte kraft Gesetzes (§ 1 LVerbO) nach ihrem Sitz innerhalb des Verbandsgebietes richtet und da die Zuständigkeit der Landschaftsverbände alle Personen erfaßt,

7) SEYDEL S. 18, 37.

8) PrGS S. 256.

9) PrGS S. 249.

10) PrGS 1873 S. 187, 1875 S. 497.

11) Vgl. HOPPE S. 62.

die sich auf dem Verbandsgebiet aufhalten (Gebietshoheit)¹²⁾. Für den Gebietskörperschaftscharakter der beiden nordrhein-westfälischen Landschaftsverbände ist der Umstand, daß beiden Verbänden keine Allzuständigkeit zukommt, unmaßgeblich, da die Universalität lediglich zufälliges Kennzeichen der Gebietskörperschaften ist, nicht aber zu deren Wesensmerkmalen gehört¹³⁾.

Als höhere Gemeindeverbände im dargelegten Sinne haben ferner die bayerischen Bezirksverbände zu gelten¹⁴⁾. Nach Art. 1 bay BezO sind die Bezirke "Gebietskörperschaften mit dem Recht, überörtliche Angelegenheiten, die über die Zuständigkeit oder das Leistungsvermögen der Landkreise und kreisfreien Städte hinausgehen und deren Bedeutung über das Gebiet des Bezirks nicht hinausreicht, im Rahmen der Gesetze selbst zu ordnen und zu verwalten". Die bay Bezirke besitzen demnach Allzuständigkeit.

Demgegenüber sind die sonstigen auf regionaler Ebene bestehenden Kommunalverbände, die lediglich einzelnen und besonderen Verwaltungszwecken dienen, zu den Sonderzweckverbänden zu zählen.

Zu diesen stets auf sondergesetzlicher Rechtsgrundlage beruhenden Verbänden gehören zunächst die Landeswohlfahrtsverbände Hessen¹⁵⁾, Baden und Württemberg-Hohenzollern¹⁶⁾ sowie der Landessozialhilfeverband Oldenburg¹⁷⁾, da sich deren Aufgaben auf die besonderen Gebiete des Fürsorgewesens und der Sozialhilfe begrenzen¹⁸⁾.

-
- 12) HOPPE S. 25 ff., 32 f.; ELLERINGMANN, Begriff und Wesen S.65 ff., Grundlagen S. 27 ff. (29); NAUNIN, Entstehung und Sinn der LVerbO in NW S. 160, Verfassungsrecht S. 475; PAGENKOPF a.a.O.; WOLFF Bd. II § 90 I b) (S. 205). A.A.BECKER, Die Selbstverwaltung S. 129; HACKER, DÖV 1955 S. 238; PETERS, Grenzen S. 55 f.; SEYDEL S. 17; WAGENER S. 203 ff.
 - 13) Siehe oben S. 20 mit Fußn. 42.
 - 14) Ebenso: GÖNNENWEIN S. 420; WOLFF Bd. II § 90 I a) (S. 204).
 - 15) He Gesetz über die Mittelstufe der Verwaltung und den Landeswohlfahrtsverband Hessen vom 7.5.1953 (he GVBl. S. 93).
 - 16) Bw Gesetz über die Landeswohlfahrtsverbände v. 23.4.1963 (bw GB1. S. 35).
 - 17) Oldenb.Gesetz betr. die Vereinfachung und Verbilligung der öffentlichen Verwaltung v. 27.4.1933, Abschn. III Kap. 7 Teil 1 §§ 3 ff., abgedruckt in: Oldenburgische Gesetze, Stand v. 1.6.1959, hergb. v. ZÜRLIK, Oldenburg 1960.
 - 18) Ebenso: GÖNNENWEIN S. 438; NAUNIN, Entstehung und Sinn der LVerbO in NW S. 122; PAGENKOPF S. 218 Fußn. 118; WOLFF Bd.II § 91 I a) 1 (S. 210).

Als Sonderzweckverband ist ferner der Bezirksverband Pfalz zu bezeichnen¹⁹⁾, dem nach § 2 rhpf BezO²⁰⁾ lediglich die Aufgabe obliegt, die von ihm unterhaltenen Einrichtungen und Anstalten sowie sein sonstiges Vermögen zu verwalten.

Auch der Landeskommunalverband der Hohenzollerischen Lande²¹⁾, der lediglich nur aus den beiden Landkreisen Hechingen und Sigmaringen besteht, ist in seiner Zwecksetzung so weit eingeschränkt, daß er zu den Sonderzweckverbänden zu rechnen ist²²⁾.

Weiterhin kann der Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk, dem lediglich die Förderung der Siedlungstätigkeit im Rheinisch-Westfälischen Kohlenrevier obliegt²³⁾, nicht zu den höheren Gemeindeverbänden gezählt werden²⁴⁾.

Schließlich scheiden eine Vielzahl weiterer regionaler Sonderzweckverbände, deren Tätigkeit sich auf die Wahrnehmung besonderer, vielfach atypischer Verwaltungsaufgaben beschränkt, für die vorliegende Untersuchung aus.²⁵⁾

19) Ebenso PAGENKOPF a.a.O.; a.A. GÖNNENWEIN S. 420, WOLFF § 90 I a) (S. 204).

20) Rhpf Bezirksordnung, Teil D des Selbstverwaltungsgesetzes v. 12.11.1949 (rhpf GVBl. S. 569) i.d. Neufassung v. 25.9.1964 (rhpf GVBl. S. 145.) Nach § 3 rhpf BezO können die Bezirksverbände darüber hinaus freiwillige Leistungen für solche Anstalten, Unternehmungen und Einrichtungen aufwenden, deren Unterhaltung über die Leistungsfähigkeit der Gemeinden und Kreise hinausgeht oder deren Übernahme auf den Bezirksverband durch besondere Verhältnisse geboten ist. Von den nach § 1 rhpf BezO vorgesehenen Verbänden Koblenz, Montabaur, Rheinhessen, Trier und Pfalz hat sich erst der letztgenannte Bezirksverband konstituiert.

21) Gesetz über die Selbstverwaltung der Hohenzollerischen Lande v. 7.9.1950 (wh RegBl. S. 285).

22) Ebenso DOLLMANN S. 11; a.A. GÖNNENWEIN S. 421 f., WOLFF § 90 I a) (S. 204).

23) Vgl. § 1 des Gesetzes betr. Verbandsordnung für den Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk v. 5.5.1920 (PrGS NW S. 29).

24) Ebenso: GÖNNENWEIN S. 436; PAGENKOPF S. 124; ROTHE, Interkommunale Zusammenarbeit S. 111; WOLFF Bd. II § 91 I a) 1 (S. 210); a.A. DOLLMANN S. 8.

25) So z.B. der Landesverband Lippe, dem nach dem Ges. v. 5.11.1948 (nw GVBl. 1949 S. 267) die Vermögensverwaltung des ehemaligen Landes Lippe obliegt. Vgl. ferner die Badischen und die Württembergischen Kommunalen Versorgungsverbände, die nach § 2 Abs. 1 des bw Ges. v. 18.12.1964 Lastenausgleichsaufgaben, die durch die Versorgung kommunaler Bediensteter entstehen, wahrnehmen.

Diese auf sondergesetzlicher Rechtsgrundlage beruhenden Zweckverbände können zumeist schon aus verwaltungstechnischen Gründen keine allgemeinen gemeindlichen Selbstverwaltungsaufgaben oder Fremdverwaltungsangelegenheiten in ihre außerordentliche Zuständigkeit übernehmen. Zudem fehlt es - soweit ersichtlich - in allen Sondergesetzen an entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen für gemeindliche Delegationen. In der Verwaltungspraxis sind nach den vom Verfasser eingeholten Erkundigungen ²⁶⁾ Delegationen von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Sonderzweckverbände bisher noch nicht erfolgt.

§ 25 Die Gleichheit der rechtsstaatlich-demokratischen Grundstruktur zwischen Gemeinden und höheren Gemeindeverbänden

Die auf dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip beruhende Grundkonzeption der nordrhein-westfälischen Landschaftsverbände sowie der bayerischen Bezirke ist bereits dadurch gewährleistet, daß die Hauptorgane dieser Verbände aus demokratischen Wahlen hervorgegangene Vertretungsorgane sind ¹⁾, die in den Landschaftsverbänden Rheinland und Westfalen-Lippe die Bezeichnung "Landschaftsversammlung" ²⁾ und in den bayerischen Bezirken die Bezeichnung "Bezirkstag" führen ³⁾. Während die Landschaftsversammlungen mittelbar zusammengesetzte Gemeindeverbände sind, deren Mitgliedskörperschaften der in Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG gestgelegten Grundnorm entsprechend aus unmittelbaren Wahlen hervorgegangen sind, werden die bayerischen Bezirkstage direkt von den Bezirksbürgern gewählt.

Die Funktionen der laufenden Verwaltung, die in den Gemeinden der Gemeindevorsteher ausübt, nimmt in den Landschaftsverbänden der "Direktor des Landschaftsverbandes" ⁴⁾, in den bayerischen Bezirken der "Bezirkstagspräsident" ⁵⁾ wahr.

26) Mitgeteilt vom Bezirksverband Pfalz am 7.1.1966, von den Landeswohlfahrtsverbänden Baden am 10.2.1966, Hessen am 7.1.1966 und Württemberg-Hohenzollern am 9.2.1966, vom Landessozialhilfeverband Oldenburg am 29.12.1965 sowie vom Siedlungsverband Ruhrkohlenbezirk am 11.1.1966.

1) Siehe im einzelnen oben S. 24.

2) §§ 7 ff. nw LVerbO.

3) Art. 6, 21 ff. bay BezO.

4) § 17 nw LVerbO.

5) Art. 6, 30 bay BezO.

Darüber hinaus sehen die Verfassungen dieser höheren Gemeindeverbände als ständiges kollegiales Organ, dem maßgeblich Direktionsfunktionen obliegen, in Nordrhein-Westfalen den "Landschaftsausschuß" ⁶⁾, in Bayern den "Bezirksausschuß" ⁷⁾ vor.

§ 26 Die Ermächtigungsgrundlagen zur Delegation von
Hoheitsrechten kreisfreier Gemeinden

I. auf die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe.

Als Gemeindeverbände werden die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe von den in §§ 23 ff nw KGemG enthaltenen Ermächtigungsgrundlagen mit umfaßt.

Jedoch ist der Kreis der Gemeinden, die nach § 23 Abs. 1 nw KGemG mit Gemeindeverbänden öffentlich-rechtliche Vereinbarungen schließen können, auf kreisfreie Gemeinden zu beschränken, wenn gemeindliche Hoheitsrechte auf Landschaftsverbände delegiert werden sollen. Zwar ergibt sich aus dem Wortlaut der §§ 23 ff. nw KGemG keine ausdrückliche Beschränkung in dieser Hinsicht. Dort wird auch ohne eine besondere im Gesetz hervorgehobene Einschränkung eine Delegation von Hoheitsrechten kreisangehöriger Gemeinden nur auf die nächstgrößeren Hoheitsträger, nämlich den nw Amtsverband oder den Landkreis, möglich und zulässig sein, da Amtsverbände oder Landkreise als Verbandskörperschaften aller ihnen angehörigen Gemeinden die geeigneten und berufenen außerordentlichen Zuständigkeitsträger für gemeindliche Aufgaben sind. Die auf die Erfüllung regionaler und landschaftlicher Aufgaben zugeschnittene Verwaltungsorganisation der Landschaftsverbände wird bereits aus verwaltungstechnischen Gründen Aufgaben, die auf der unteren Ortsstufe zu erfüllen sind, nicht übernehmen können. Das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Beschränkung der an einer Vereinbarung mit den Landschaftsverbänden beteiligten Selbstverwaltungskörperschaften auf kreisfreie Gemeinden und Landkreise wird sich jedoch in der Verwaltungspraxis nicht nachteilig auswirken können, da jede öffentlich-rechtliche Vereinbarung vom Willensentschluß der Vertragspartner abhängt. Die Landschaftsverbände würden daher bereits von sich aus schon den Abschluß von öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen mit kreisangehörigen Gemeinden ablehnen, wenn Samtgemeinden oder Landkreise die örtlichen Kompetenzen besser und zweck-

6) §§ 11 ff. nw LVerbO.

7) Art. 6, 25 bay BezO.

mässiger wahrnehmen können ¹⁾).

Als gemeindlicher Vertragspartner der Landschaftsverbände kommen somit lediglich die kreisfreien Gemeinden und Landkreise in Betracht. Da auf Grund des in § 5 nw LVerbO enthaltenen globalen Aufgabekatalogs die Zuständigkeiten zwischen Landschaftsverbänden einerseits und kreisfreien Städten sowie Landkreisen andererseits klar abgegrenzt sind, können sich Zuständigkeitsüberschneidungen nicht ergeben. Demnach können den Landschaftsverbänden keine ergänzenden Aufgaben in subsidiärer Zuständigkeit erwachsen. Eine Vereinbarung, die lediglich die Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten bezweckt, erübrigt sich hier daher. Da den Landschaftsverbänden nach der nw LVerbO ferner keine Kompetenz-Kompetenz zusteht, kann jede freiwillige Zuständigkeitsänderung nur im Wege einer Delegation erfolgen. Für die Rechtsnatur und die einzelnen Wirksamkeitsvoraussetzungen derartiger Delegationen gilt das in § 10 in der Untersuchung Ausgeführte entsprechend. Auch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zwischen kreisfreien Gemeinden und Landschaftsverbänden bedürfen der aufsichtsbehördlichen Genehmigung; zuständig hierfür ist der nw Innenminister ²⁾).

Eine Delegation von Hoheitsrechten kreisangehöriger Gemeinden auf die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen-Lippe ist bisher seit Bestehen dieser beiden Verbände noch nicht erfolgt ³⁾. Dies kann als erfreuliches Zeichen dafür gewertet werden, daß die kreisfreien Städte und Landkreise in Nordrhein-Westfalen die ihnen obliegenden Selbstverwaltungsangelegenheiten und die ihnen zugewiesenen Pflichtaufgaben zur Erfüllung nach Weisung aus eigener Verwaltungskraft selbst wahrzunehmen vermögen. Dies beweist ferner, daß der nw Landesgesetzgeber bei Abfassung des Aufgabekataloges in § 5 nw LVerbO eine sorgfältige und dauerhafte Zuständigkeitsregelung getroffen hat, die bisher keiner Korrektur durch hoheitsrechtliche Delegationen bedurfte.

-
- 1) Demgegenüber sind Delegationen von Hoheitsrechten seitens der Landschaftsverbände auf kreisangehörige Gemeinden auf Grund der besonderen Ermächtigungsnorm des § 56 Abs. 6 nw LStrG möglich. Auf der Grundlage dieser Sonderermächtigung sind allein im RegBez Münster im Jahre 1963 36 öffentlich-rechtliche Vereinbarungen geschlossen worden (vgl. RegAmtsBl 1963 des RegBez Münster).
 - 2) § 24 Abs. 2 i.V. mit § 29 Abs. 1 Ziff. 3) nw KGemG.
 - 3) Nach den von den Landschaftsverbänden Rheinland und Westfalen-Lippe mündlich eingeholten Auskünften.

II. auf die bayerischen Bezirksverbände

Für den Abschluß von öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen zwischen den bayerischen kreisfreien Städten und Landkreisen und den bayerischen Bezirksverbänden besteht in Art. 49 bay BezO eine besondere Ermächtigungsgrundlage; hiernach können die bayerischen Bezirke auf Antrag von Landkreisen und kreisfreien Städten deren Aufgaben des eigenen Wirkungskreises übernehmen, "wenn und so lange diese das Leistungsvermögen der beteiligten Städte und Landkreise übersteigen"; der Übernahmebeschluß bedarf einer qualifizierten Mehrheit des jeweiligen Bezirkstags.

Nach dieser sondergesetzlichen Ermächtigungsnorm können die bay Bezirksverbände lediglich konkurrierende Zuständigkeiten im Einverständnis mit den beteiligten kreisfreien Städten und Landkreisen beseitigen, da die Bezirksverbände auf Grund der ihnen nach Art. 5 bay BezO eingeräumten Allzuständigkeit für Aufgaben, die das Leistungsvermögen der ihnen angeschlossenen Selbstverwaltungskörperschaften übersteigen, bereits subsidiär zuständig sind. Aus den gleichen Gründen, aus denen eine Delegation von Hoheitsrechten bei Aufhebung konkurrierender Zuständigkeiten im Verhältnis der Landkreise zu kreisangehörigen Gemeinden begrifflich ausscheidet ⁴⁾, kann auch bei der durch Art. 49 bay BezO ermöglichten Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten eine Delegation ihrem Begriffe nach nicht vorliegen.

Ähnlich wie nach der Sonderermächtigungsnorm des Art. 52 bay LKO ⁵⁾ sind auch für eine Übernahme nach Art. 49 bay BezO lediglich übereinstimmende Beschlüsse der Mitgliedskörperschaften (auf Grund einfacher Mehrheit) und des Bezirkstags (auf Grund Zweidrittelmehrheit) erforderlich. Diese Beschlüsse bedürfen keiner aufsichtsbehördlichen Genehmigung.

⁴⁾ Siehe im einzelnen oben § 22 I 1 (S. 147 ff.).

⁵⁾ Vgl. oben § 22 II (S.18).

Eine vertragliche, allerdings genehmigungsbedürftige Vereinbarung zwischen den bay kreisfreien Städten und Landkreisen einerseits und den bay Bezirksverbänden andererseits auf der Grundlage der allgemeinen Ermächtigungsbestimmungen der §§ 13 und 14 RZwVG wird durch Art. 49 bay BezO nicht ausgeschlossen, so daß insoweit Delegationen von Hoheitsrechten möglich sind ⁶⁾ ⁷⁾.

6) Hierfür gilt das oben in § 10 (S. 64 ff.) Ausgeführte entsprechend.

7) Nach Mitteilung der Arbeitsgemeinschaft der bayerischen Bezirkstagspräsidenten in München vom 24.1.1966 ist die Ermächtigungsnorm des Art. 49 bay BezO in der Verwaltungspraxis bisher nicht zur Anwendung gelangt; Delegationen auf Grund der allgemeinen Ermächtigungsbestimmungen der §§ 13 und 14 RZwVG sind ebenfalls bislang auf die bay Bezirksverbände nicht erfolgt.

Schl u ß b e t r a c h t u n g

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

I. Unter einer "echten" Delegation ist die auf dem Einverständnis des Deleganten beruhende Aufgabe dessen ordentlicher Zuständigkeit unter gleichzeitiger Begründung einer außerordentlichen Zuständigkeit des Delegatars durch Übertragung einer Kompetenz des Deleganten auf den Delegatar zu verstehen.

Eine "echte" Delegation von Hoheitsrechten durch Gemeinden auf Gemeinden und Gemeindeverbände besteht demnach stets in einer Änderung der Zuständigkeitsordnung, bei der die delegierenden Gemeinden einzelne Hoheitsrechte als Teile ihrer einheitlichen gemeindlichen Hoheitsgewalt zugunsten anderer Hoheitsträger aufgeben. Hoheitsrechte lassen sich durch eine Delegation nicht von ihrem bisherigen Hoheitssubjekt lösen und auf einen anderen Zuständigkeitsinhaber übertragen, sondern sie können nur in demselben Umfange, in dem der bisherige Hoheitsträger einen Teil seiner Hoheitsgewalt aufgibt, bei dem Delegatar in außerordentlicher Zuständigkeit neu begründet werden. Demgegenüber läßt sich die Kompetenz als Gegenstand der Zuständigkeit von ihrem bisherigen Rechtssubjekt lösen und auf einen anderen Zuständigkeitsträger übertragen.

Aus dem Grundsatz, daß die Gemeinden der rechtsstaatlich-demokratischen Ordnung unterliegen und dem Gemeinschaftszweck zu dienen haben, ergeben sich für Hoheitsrechtsdelegationen wesentliche Beschränkungen:

Der Delegatar gemeindlicher Hoheitsrechte muß stets die gleiche rechtsstaatlich-demokratische Grundkonzeption wie die delegierenden Gemeinde aufweisen.

Gemeinden dürfen Delegationen nicht in einem derartigen Ausmaß vornehmen, daß die Aufgabe von Hoheitsrechten einer gemeindlichen Selbstauflösung gleichkäme. Die essentielle gemeindliche Hoheitsgewalt darf durch eine Delegation nicht ausgehöhlt werden. Jede Delegation setzt, da sie ihrem Wesen nach ein Akt der Rechtsetzung ist, eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage voraus. Wie jeder andere Rechtsetzungsakt bedarf auch die Delegation der Verkündung in einem amtlichen Veröffentlichungsblatt.

Regelfall der "echten" Delegation von Hoheitsrechten ist die öffentlich-rechtliche Vereinbarung zwischen Gemeinden untereinander oder zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden. Darüber hinaus können in Nordrhein-Westfalen "echte" Delegationen auch bei der Bildung von Verwaltungsgemeinschaften vorkommen, sofern eine Angliederung einer Gemeindeverwaltung an den Verwaltungsapparat einer anderen Gemeinde oder eines Gemeindeverbandes erfolgt; die Eingliederung gemeindlicher Verwaltungseinrichtungen in die Verwaltung eines anderen Hoheitsträgers hat stets eine "echte" Delegation zur Folge. Schließlich bewirken die auf dem Einverständnis der beteiligten Gemeinden beruhenden Neubildungen von Zweckverbänden und Samtgemeinden "echte" Delegationen von Hoheitsrechten.

II. Bei den "unechten" Delegationen von Hoheitsrechten handelt es sich um solche Änderungen der Zuständigkeitsordnung, die nur zum Teil dieselben Wesensmerkmale wie die "echte" Delegation aufweisen:

1. Bei der "unechten, konservierenden" Delegation gibt der Delegant lediglich die Ausschließlichkeit seiner Zuständigkeit auf. In der Rechtsperson des Delegatars wird eine außerordentliche Zuständigkeit begründet, während daneben die ordentliche Zuständigkeit des bisherigen Hoheitsträgers bestehen bleibt und nicht wie bei der "echten" Delegation untergeht. Bei der "konservierenden" Delegation sind zwei Zuständigkeiten auf eine Kompetenz bezogen: die weiterhin bestehende ordentliche sowie die neu begründete außerordentliche Zuständigkeit stehen miteinander in Konkurrenz; doch können beide Zuständigkeiten nicht kumulativ, sondern lediglich alternativ ausgeübt werden.

Die für eine "konservierende" Delegation erforderliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hat stets die näheren Voraussetzungen zu bestimmen, unter welchen Umständen die Zuständigkeiten alternativ wahrgenommen werden können.

Die Landesgesetzgeber haben für Delegationen im zwischenkommunalen Bereich das Institut der "konservierenden" Delegation nicht vorgesehen. Statt dessen können die Beteiligten beim Abschluß einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung den

delegierenden Gemeinden Mitwirkungsrechte einräumen, beginnend von einem Anhörungsrecht über ein Zustimmungsrecht bis zu einem Mitentscheidungsrecht. Sofern die delegierende Gemeinde bereits Mitgliedskörperschaft des an der Delegation beteiligten Gemeindeverbandes ist, kann diese Gemeinde durch ihre weisungsgebundenen Vertreter in dem Vertretungsorgan des Delegatars weiterhin Einfluß ausüben.

2. Der Begriff "unechte, zuweisende" Delegation ist solchen Zuständigkeitsänderungen vorzubehalten, die ohne Rücksicht auf den Willen des bisherigen Zuständigkeitsinhabers vorgenommen werden können. In diesen Fällen liegen bis auf die Begriffsvoraussetzung des Einverständnisses des Deleganten sämtliche übrigen Wesensmerkmale der "echten" Delegation vor.

Unter die "zuweisenden" Delegationen fallen die Pflichtregelung und die gesetzliche Regelung einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, die Bildung eines Pflichtverbandes und eines gesetzlichen Zweckverbandes, die Neubildung von Ämtern in Schleswig-Holstein, die auch gegen den Willen der beteiligten Gemeinden möglichen Neubildungen von Ämtern in Nordrhein-Westfalen und in Rheinland-Pfalz sowie schließlich die Ausübung von Kompetenz-Kompetenz-Befugnissen durch die Landkreise Hessens, Niedersachsens, des Saarlandes und Schleswig-Holsteins, soweit in den letztgenannten Fällen nicht lediglich eine Beseitigung konkurrierender Zuständigkeiten vorliegt.

3. Bei der Delegation "zur eigenverantwortlichen Erfüllung nach Weisung" führt der Delegatar im eigenen Namen und in eigener Verantwortung Kompetenzen des Deleganten aus, wobei sich jedoch der Delegatar nach den Beschlüssen und Weisungen des Deleganten zu richten hat.

Diese besondere Art einer "unechten" Delegation war bisher lediglich in einer Ermächtigungsnorm, nämlich in § 3 Abs. 1 S. 1 schlh AmtsO a.F. (v. 17.6.1952) geregelt.

- III. Das dogmatisch von den Fällen der Delegation streng zu trennende Rechtsinstitut des Mandats ist ein Rechtsakt, durch den der Inhaber einer Zuständigkeit (der Mandant) einem anderen Rechtssubjekt (dem Mandatar) die Vollmacht erteilt, die Kompetenz des Mandanten in dessen Namen auszuüben. Durch ein Mandat wird die bestehende Zuständigkeitsordnung nicht abgeändert; es tritt lediglich eine Änderung in der Zuständigkeitsausübung ein.
- Das Mandat ist somit nicht - wie die Delegation - ein Akt der Rechtsetzung, so daß es keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf.
- Gleichwohl ist das Institut des Mandats im zwischengemeindlichen Bereich in den Bestimmungen des § 23 Abs. 1, 2. Halbs., Abs. 2, 2. Halbs. nw KGemG, des § 3 Abs. 1 saarl AmtsO sowie des § 3 Abs. 1 schlh AmtsO n.F. (v. 24.5.1966) besonders geregelt.

Lebenslauf

Am 19. November 1935 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts Dr. jur. Carl Lauscher und seiner Ehefrau Ilse geb. Simon in Hamm (Westf.) geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach Absolvierung der Volksschule besuchte ich das Staatliche (humanistische) Gymnasium in Hamm, an dem ich am 21. Februar 1956 die Reifeprüfung ablegte.

Vom Sommersemester 1956 bis zum Sommersemester 1957 studierte ich Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg. Im Wintersemester 1957/1958 war ich an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg immatrikuliert. Danach studierte ich vom Sommersemester 1958 bis zum Wintersemester 1959/1960 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Am 23. Juli 1960 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm.

Nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes als Referendar bestand ich am 13. November 1964 die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf.

Seit dem 8. Dezember 1964 bin ich als Rechtsanwalt bei dem Oberlandesgericht Hamm zugelassen und habe mich mit meinem Vater assoziiert.



